Der Ausschluß eines Gesellschafters der Offenen Handelsgesellschaft durch gerichtliches Urteil

---

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde
der Rechtswissenschaftlichen Abteilung
einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Norbert Amecke-Mönnighof
Gerichtsreferendar aus Menden-Sauerland

Universitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig
1931

Dekan: Professor Dr. v. Köhler
Referent: Professor Dr. A. Schmidt

Genehmigt 9. Mai 1931

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalt.

Seite

Einleitung.

§ 1. Die Notwendigkeit einer Ausschlußmöglichkeit 1

Erster Teil:

Die Ausschlußklage.

§ 2. Allgemeine Voraussetzungen der Ausschlußklage 5
§ 3. Form der Geltendmachung des Ausschlußbegehrens 10
§ 4. Der rechtliche Charakter der Ausschlußklage 13
§ 5. Die Parteien der Ausschlußklage 16
§ 6. Zeitpunkt und Gerichtsstand der Klageerhebung 21
§ 7. Begründung des Anspruchs 23
§ 8. Das freie Ermessen des Richters 35

Zweiter Teil:

Wirkungen des Ausschlußurteils für die Gesellschaft.

§ 9. Anwachsung des Vermögens 38
§ 10. Die Firma 40

Dritter Teil:

Wirkungen des Ausschlußurteils für den ausgeschlossenen Gesellschafter.

§ 11. Das Auseinandersetzungsguthaben 43
§ 12. Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens 54
§ 13. Beteiligung an schwebenden Geschäften 57
§ 14. Herausgabe von Sachen 59
§ 15. Abtretung des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben . . 62
§ 16. Der Passivsaldo 63
§ 17. Schuldbefreiung 64
§ 18. Konkurrenzverbot 69
§ 19. Stellung des ausgeschiedenen Gesellschafters im Prozeß 73
§ 20. Eintragung des Ausschlusses im Handelsregister 75
§ 21. Stellung des Ausgeschlossenen zu den Gläubigern der Offenen Handelsgesellschaft 78
§ 22. Stellung des Ausgeschiedenen im Konkurs 85

Literatur.

Adler: Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechtes. Berlin 1895.

Affolter: Die rechtliche Natur der Offenen Handelsgesellschaft. Im Arch-BürgR. Bd. 5.

Alexander-Katz: Die Erhaltung der kaufmännischen, industriellen Unternehmungen einer Offenen Handelsgesellschaft. In ZHR. Bd. 70.

Binder: Das Problem der juristischen Persönlichkeit. Leipzig 1907.

Bolze: Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Breit: Gerichtliche Auflösung der Offenen Handelsgesellschaft und gerichtliche Ausschließung von Gesellschaftern aus der Offenen Handelsgesellschaft. In Juristische Rundschau 1926.

Burkhart: Die Übernahme des Unternehmens einer Offenen Handelsgesellschaft im Falle des § 142. Jur. Diss. Würzburg 1925 (Maschinenschrift).

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Teil II, 2. Tübingen u. Leipzig 1902.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. II. 7./8. Aufl. Jena 1924.

— Lehrbuch des Handelsrechts. 10./11. Aufl. Stuttgart 1923.

Czapski: Die rechtliche Stellung des ausgeschiedenen Gesellschafters einer Offenen Handelsgesellschaft. Jur. Diss. Halle 1922 (Maschinenschrift).

Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes in der dem Reichstag gemachten Vorlage. Berlin (Guttentag) 1897.

Deutsche Juristen-Zeitung. (zit. DJZ.)

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch auf der Grundlage des Bürgerliches Gesetzbuchs. Bd. IV. Mannheim, Berlin u. Leipzig 1917.

Endemann: Handbuch des deutschen Handels, See- und Wechselrechts. Bd. I. Leipzig 1881.

Flechtheim: Kann während der Liquidation der Offenen Handelsgesellschaft ein Gesellschafter ausgeschlossen werden? In JW. 1911.

— Zum Urteil des Reichsgerichts vom 28. 2. 1926. In JW. 1926.

Fischer: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeß- und Konkursrechts. Berlin 1918.

Frühsorge: Die Fortsetzung der Offenen Handelsgesellschaft. Jur. Diss. Halle 1925 (Maschinenschrift).

Gareis: Das deutsche Handelsrecht. 8. Aufl. Berlin 1909.

Gierke: Die Genossenschaftstheorie.

— Deutsches Privatrecht. Bd. I. Leipzig 1895.

Goldmann-Lilienthal: Das bürgerliche Gesetzbuch. Bd. I. 2. Aufl. Berlin 1903.

Goldschmidt: Editionspflicht insbesondere gemeinsamer Urkunden. In ZHR. 1929.
Gruchot: Beiträge zum privaten und öffentlichen Recht.
Hachenburg: Ausscheiden eines Gesellschafters während der Liquidation einer Offfenen Handelsgesellschaft. In JW. 1911.
Hellwig: Klagerecht und Anspruch. Jena 1900.
Hinsberg: Klage gegen den ausgeschiedenen Gesellschafter der Offenen Handelsgesellschaft und Art. 122 des allgem. Deutschen Handelsgesetzbuches. In ZHR. 46.
Horrwitz: „Wir haben Krieg für Krieg, Blut für Blut, Zwang für Zwang, antworte Frankreich das." In DJZ. 1914.
Höpker-Aschoff: Eine Lücke im Gesetz? In DJZ. 1910.
Hueck: Gilt § 15 Abs. I auch beim Erlöschen und bei der Änderung nicht eingetragener, aber eintragungsfähiger Tatsachen? In ArchZivPrax. 118.
Jaeger: Verjährung im Falle des Konkurses der Offenen Handelsgesellschaft. In LZ. 1910.
— Kommentar zur Konkursordnung. 2. Aufl. Berlin 1904.
— Der Konkurs der Offenen Handelsgesellschaft. Freiburg u. Leipzig 1897.
— Die Offene Handelsgesellschaft im Zivilprozesse. München u. Leipzig 1915.
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts.
Joerges: Zur Lehre vom Miteigentum. In ZHR. 51.
— Zur Lehre vom Miteigentum und der gesamten Hand nach deutschem Reichsrecht. ZHR. 49.
Kaufmann: Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen. München 1912.
Knoke: Das Recht der Gesellschaft nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. 1901.
Kohler: Die Offene Handelsgesellschaft als juristische Person. In ZHR. 74.
— Nochmals die Offene Handelsgesellschaft als juristische Person. In ArchBürgR. Bd. 40.
— Die Lehre von den Pertinenzen. In Jherings Jahrbücher 26.
Ladenberg: Über Handelsgesellschaften. In ZHR. 1.
Labes: Begriff und Fälle des Sonderkonkurses. In ZHR. 62.
Laband: Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften. In ZHR. 30 und 31.
Lehmann: Lehrbuch des Handelsrechts. 3. Aufl. Berlin u. Leipzig 1921.
— Besprechung von Ernst Jaeger: Die Offene Handelsgesellschaft im Zivilprozeß. In ZHR. 78.
— Entgegenung auf Kohler: Die Offene Handelsgesellschaft als juristische Person. In ZHR. 74.
— Enthaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters. In ZHR. 79.
Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich. Bd. 1. 2. Aufl. Berlin 1914.
Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht (LZ.)
Lexis: Das Handelswesen. Berlin u. Leipzig 1923.
Litthauer-Mosse: Kommentar zum Handelsgesetzbuch.
Luckat: Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters der Offenen Handelsgesellschaft. Jur. Diss. Königsberg 1927.
Maier-Rotschild: Kaufmannspraxis. Handbuch der Kaufmannswissenschaft und der Betriebstechnik Bd. I, Berlin 1927.
Makower: Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Bd. I. 13. Aufl. Berlin 1906.
Mandelbaum: Die zweigliedrige Offene Handelsgesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des § 142 HGB. Jur. Diss. Greifswald 1919.

Marcus: Kann die Gesellschaftsauflösung gemäß § 133 richterlicherseits auch durch einstweilige Verfügung ausgesprochen werden? In Holdheims Monatsschrift. Bd. 15.
— Zur rechtlichen Behandlung der Dinoziationsstreitigkeiten in der Offfenen Handelsgesellschaft. In Holdheim Bd. 21.
Mengering: Die rechtliche Stellung des ausgeschiedenen oder ausgeshclossenen Gesellschafters der Offenen Handelsgesellschaft. Jur. Diss. Leipzig 1902.
Mertz: Beitrag zu § 142 HGB. der Übergang des Geschäfts einer aus zwei Personen bestehenden Kommanditgesellschaft infolge Abkreszens auf den Kommanditisten und Berücksichtigung seiner Kaufmannseigenschaft. Jur. Diss. Erlangen 1913.
Müller-Erzbach: Der Schutz der Unternehmerarbeit. In ZHR. 64.
— Die Erhaltung des Unternehmens. In ZHR. 61.
Nagler: Die gesamte Hand im Gesellschaftsrecht. Im Sächs. Archiv f. bürgerl. Recht u. Prozeß Bd. 10.
Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse.
v. Olshausen: Kommentar zum StGB. Bd. II 11. Aufl. Berlin 1927.
Opet: Beiträge zum Firmenrecht. In ZHR. 49.
Pisko: Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs. Wien 1907.
— Das kaufmännische Unternehmen. In Ehrenbergs Handbuch Bd. 2, Leipzig 1918.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 4. Aufl. Bd. II, 2. Berlin 1928.
Pollitzer: Anspruch der Gläubiger einer Offenen Handelsgesellschaft im Privatkonkurs der Gesellschafter. In ZHR. 69.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin (Guttentag) 1898.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Reichsgerichtsräte-Kommentar.
Ritter: Ausschließungsklage der Handelsgesellschafter. In ZHR. 69.
— Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts. Berlin 1910.
Rosenberg: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl. Berlin 1927.
Samuelsen: Löst der Eintritt eines Gesellschafters in die Gesellschaft des BGB. die betreffende Gesellschaft auf oder dauert sie fort? Im Sächs. Archiv für Rechtspflege 1909.
Schwalb: in ZHR. 34.
Seelenfreund: Die Erhaltung der Offenen Handelsgesellschaft bei Erbgang. Jur. Diss. Breslau 1925.
Seuffert: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Bd. 1. 11. Aufl. München 1910.
— Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Sohm: Der Gegenstand. Festgabe für Degenkolb. Leipzig 1905.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1. Bd. 12./13. Aufl. Berlin u. Leipzig 1926.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. Bd. II, 3. 9. Aufl. München, Berlin u. Leipzig 1929.
Stein-Jonas: Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 2. Bd. 14. Aufl. Tübingen 1929.
Strunz: Die Übernahme des Unternehmens einer Offenen Handelsgesellschaft im Falle des § 142. HGB. Jur. Diss. Göttingen 1920.
Thamm: Ausscheiden und Eintritt eines Gesellschafters in die Gesellschaft des BGB. Jur. Diss. Breslau 1919.

Warneyer: Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Westerkamp: Bürgschaft und Schuldbeitritt. In Rechts- und staatswissenschaftliche Studien.
Wieland: Handelsrecht. Bd. I. München u. Leipzig 1921.
Wimpfheimer: Die Gesellschaften des Handelsrechts und des bürgerlichen Rechts im Stadium der Liquidation. München 1908.
Wulff: Bezieht sich Artikel 25 Abs. 2 auch auf nichteingetragene Firmen? In ZHR. 42.
Zoelsch: Das Ausscheiden von Gesellschaftern aus der Offenen Handelsgesellschaft und die sich daran knüpfenden Rechtsfolgen. Jur. Diss. Würzburg 1920 (Maschinenschrift).

Einleitung.

§ 1.

Die Notwendigkeit einer Ausschlußmöglichkeit.

Das Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897 hat im Anschluß an das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch von 1861 die Offene Handelsgesellschaft gefaßt als ein unter gemeinsamer Firma betriebenes, vollkaufmännisches Unternehmen[1]), bei dem die Haftung der Unternehmer den Gläubigern gegenüber eine persönliche und in keiner Weise beschränkte ist[2]). Diese weitgehende Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft hat wesentlich zu der großen Verbreitung dieser Gesellschaftsform beigetragen. Man vertraute darauf, daß die Gesellschaft ihren Verpflichtungen nachkommen werde und gab ihr leicht Kredit. Ferner sind durch die Bestimmungen der §§ 115, 124 HGB. alle Gesellschafter zur Geschäftsführung und zur Vertretung der Gesellschaft berufen, wenn man es nicht vorgezogen hat, vertraglich eine andere Abmachung zu treffen. Es kann jeder einzelne, bei Gefahr im Verzug sogar ein von der Geschäftsführung vertraglich ausgeschlossener Gesellschafter, für die Gesellschaft wirksam handeln. Er muß nur zum Ausdruck gebracht haben, daß er nicht für eigene Rechnung abschließen will.

Diese Regelung der Verhältnisse der Gesellschafter untereinander und Dritten gegenüber haben eine außerordentlich bewegliche Form der Gesellschaft geschaffen. Die Offene Handelsgesellschaft hat wie keine andere Gesellschaft des Handelsgesetzbuches die Möglichkeit, eine sich gerade bietende Gelegenheit geschäftlich auszunutzen oder sich einer Konjunktur anzupassen. Diese Möglichkeiten haben die Offene Handelsgesellschaft befähigt, in

---

[1]) im Sinne des § 1 HGB.

[2]) HGB. § 105 Abs. 1; Staub zu § 105 Anm. 1; Dür.-Hachenburg zu § 105 Anm. 1.

unserer schnellebenden Zeit gerade auf dem Gebiete des reinen Handels eine hervorragende Stellung einzunehmen[3]).

Andererseits ist diese Regelung der §§ 115, 125 HGB. natürlich gefährlich für den einzelnen Gesellschafter, da er ja mit seinem ganzen Vermögen für jede Handlung seiner Mitgesellschafter einstehen muß. Die Grundlage des Gesellschaftsverhältnisses ist daher bei der Offenen Handelsgesellschaft das Vertrauen von Mann zu Mann. Die Fähigkeiten der Einzelnen und ihr enges Zusammenwirken und Füreinanderarbeiten ist die Stütze des Geschäftes. Die Gesellschafter sind in Vermögenssachen stets aufeinander angewiesen. Einer trägt das Schicksal des anderen.

Bei einem so stark auf Vertrauen beruhenden Verhältnis müssen notwendig Möglichkeiten geschaffen werden, das Band vorzeitig zu lösen, wenn Umstände eintreten, die sich trennend zwischen die Gesellschafter stellen. So hat denn auch das Gesetz in den §§ 131—135 HGB. verschiedene Wege gegeben, die Gesellschaft aufzulösen. Die Gesellschafter sind vor den Folgen eines leichtsinnigen oder böswilligen Unternehmens ihres Kompagnons geschützt. Selbst gegen den Willen eines Gesellschafters kann gegebenenfalls eine Auflösung erreicht werden. Damit ist ihnen aber nicht immer gedient. Meistens ist ihr ganzes Vermögen an den Unternehmungen der Offenen Handelsgesellschaft interessiert. Das Bestehen oder der Untergang des Unternehmens ist daher für sie eine Lebensfrage.

Im Falle der Auflösung würden sie obendrein noch erhebliche Verluste erleiden durch eine Wertminderung der Sachgüter. Bekanntlich liegt der Liquidationswert einer Sache immer unter ihrem Gebrauchswert[4]). Durch die Schuld eines anderen würden sie so erhebliche Verluste erleiden, und es ist selbstverständlich, wenn sie sich um die Erhaltung des Unternehmens bemühen. Auch wäre es unbillig, wenn man die Gesellschafter, die treu nach ihrem Vertrag lebten, in solche Ungelegenheiten bringen wollte.

Ebenso ist die Öffentlichkeit an der Erhaltung der Handelsunternehmungen interessiert. Mit jeder Auflösung eines Unternehmens gehen der Volkswirtschaft Werte verloren, die sich zwar nicht in Sachgütern darstellen, wohl aber dem Kaufmann rechenmäßig erfaßbar sind. Da wird zunächst das Netz der Geschäftsbeziehungen bedeutungslos, das die Unternehmer vielleicht unter

[3]) Vgl. Lexis, Das Handelswesen I S. 16; Müller-Erzbach, ZHR. 61 S. 379; Lehmann, Lehrbuch S. 232 Anm. 3.

[4]) Dies hebt auch das Reichsgericht in RGZ. 24 S. 137 ff. besonders hervor.

großen Kosten und starkem Arbeitsaufwand mühsam geschaffen haben. Daß die Wirtschaft schon lange diese Beziehungen kapitalmäßig behandelte, zeigt ein von Müller-Erzbach angeführter Bericht des 31. Deutschen Handelstages in aller Deutlichkeit[5]). Ferner werden die Fähigkeiten, auf Grund jahrelanger Tätigkeit einen Betrieb rentabel zu gestalten, für den Kreislauf der Wirtschaft wertlos. Auch verlieren durch die Auflösung von Unternehmungen immer Menschen ihre Arbeitsmöglichkeit. Zugleich sind es finanzpolitische Erwägungen, die ein öffentliches Interesse an der Erhaltung von Handelsunternehmungen wachrufen. Wir kennen kein Land, das für sich bestehen könnte. Daher muß der Handel für den bei der notwendigen Einfuhr erforderlichen Devisenaustausch sorgen. Die häufig notwendigen Goldverkäufe der Reichsbank zeigen, wie wichtig gerade dieser Gesichtspunkt sein kann[6]). Mit der Auflösung eines Unternehmens vollzieht sich also nicht nur eine Verschiebung irgendwelcher konkreter Sachgüter; denn das Unternehmen könnte weiter existieren, wenn auch Gebäude usw. zerstört würden[7]). Mit der Auflösung vermindert man die Wege zur Volkswohlfahrt[8]).

Um dem abzuhelfen, gab das Gesetz Möglichkeiten, einen Gesellschafter aus der Gemeinschaft auszuschließen[9]). Ein Gesellschafter kann unter bestimmten Voraussetzungen auf Antrag der übrigen Gesellschafter durch gerichtliches Erkenntnis ausgeschlossen werden[10]). Eine solche Bestimmung war die notwendige

[5]) ZHR. 61 S. 361.

[6]) Als Beispiel, welche Bedeutung man von öffentlicher Seite solchen Gedanken beilegt, seien die staatlichen Subventionen der Schiffahrtsgesellschaften genannt.

[7]) Für Pisko, Das Unternehmen S. 20 Anm. 8, ist es gerade einem Unternehmen wesentlich, daß es sich nicht in einem Komplex von Mobilien und Immobilien erschöpft.

[8]) Eine starke Wertung dieser Geistesgüter finden wir bei der Betrachtung eines kaufmännischen Unternehmens durch Kohler, Jher.Jahrb. 26 S. 7; Alexander-Katz, ZHR. 70 S. 80 ff. und Düringer-Hachenburg zu § 138 Anm. 4. Die gleichen Gedanken treten uns auch in dem Buche von Meyer-Rotschild, das für die kaufmännische Praxis geschrieben ist, entgegen (S. 67). Zustimmend auch die Rechtsprechung: OLG. Dresden in LZ. 1910 S. 332; RGZ. 67 S. 385, 70 S. 224, 83 S. 60.

[9]) §§ 140, 142 HGB.

[10]) Besonders vom letzterwähnten Standpunkt aus zeichnen Müller-Erzbach (ZHR. 61 S. 357 und ZHR. 64 S. 539) sowie Pisko (bei Ehrenberg Bd. II S. 198, 202, 213 und besonders das Unternehmen S. 19/20) die Notwendigkeit einer solchen Bestimmung. Ebenso nennen Burchardt (S. 15, 20 u. 88), Seelenfreund (S. 7/9) und Frühsorge (S. 60) den § 140 eine volkswirtschaftliche Notwendigkeit. Vgl. auch Strunz S. 15/16; Czapski S. 43.

Folgerung aus dem Wesen der Offenen Handelsgesellschaft und den angestellten wirtschaftlichen Erwägungen.

Die Möglichkeit eines solchen Urteils und dessen Wirkungen sollen der Gegenstand der nachfolgenden Untersuchungen sein. Dabei erhebt sich zunächst die Frage, ob die Offene Handelsgesellschaft, so wie sie das Handelsgesetzbuch aufgebaut hat, überhaupt ein Ausscheiden von Gesellschaftern, d. h. also einen Wechsel im Personenbestand zuläßt. Ihrem Wesen als einheitliche Individualgesellschaft widerstrebt im Grunde genommen jede Änderung im Mitgliederbestande. Getragen von dem Gedanken an die Notwendigkeit der Zulassung eines Wechsels im Personenbestande gab aber der Gesetzgeber den Weg für einen Austritt unter erschwerten Umständen frei. Damit blieb er im Einklang mit der juristischen Natur der Offenen Handelsgesellschaft.

Man streitet hier, ob man sich die Offene Handelsgesellschaft als eine juristische Persönlichkeit oder als ein Gesamthandsverhältnis denken soll. Keine Beantwortung dieser Frage schließt die Möglichkeit eines Personenwechsels aus. Für die juristische Person ist sie im Wesen der juristischen Person begründet und auch mit dem Gesamthandsprinzip ist sie durchaus vereinbar[11]). Der Austritt des einzelnen Gesellschafters kann eben die enge Umschlingung unter den Gesamthändern nicht lösen, sie bleibt unter den anderen bestehen. Für die Möglichkeit eines Ausschlusses erübrigt sich also eine Diskussion über die rechtliche Natur der Offenen Handelsgesellschaft[12]).

---

[11]) Zoelsch S. 16; Lehmann, Lehrbuch S. 239; Kamm S. 17 und 35; Gierke, Privatrecht I S. 691; Joerges, ZHR. 49 S. 219.

[12]) Es mag hier nur gesagt werden, daß der Gesetzgeber durchaus bestimmt zu erkennen gab, daß er eine Gesellschaft, also eine Gesamthand und keine juristische Person wollte (§ 105 HGB.). Auch außerhalb des Handelsgesetzbuches lehnt der Gesetzgeber die juristische Persönlichkeit der Offenen Handelsgesellschaft ab. Vgl. Art. 86 EG. zum BGB., § 7 EinkStG. und § 2 Flaggengesetz. Vgl. auch Staub: zu § 105 Anm. 8; Dür.-Hachenburg zu § 105 Anm. 13; Makower zu § 105 Anm. I c 1; Lehmann-Ring zu § 105 Vorbem. S. 332; RGZ. 56 S. 432, 61 S. 75, 68 S. 411, 84 S. 110, 107 S. 172; OLG. Posen, OLGRspr. 9 S. 193; Gierke, Genossenschaftstheorie S. 452; Jaeger, Die off. Handelsgesellschaft im Zivilprozeß.

Erster Teil.

Die Ausschlußklage.

§ 2.

Allgemeine Voraussetzungen der Ausschlußklage.

Die Bestimmungen, zumal der §§ 140, 133 HGB. geben den Gesellschaftern das Recht, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes den Ausschluß eines Gesellschafters durch gerichtliches Erkenntnis zu verlangen. Voraussetzung für ein solches Begehren ist natürlich zunächst einmal, daß eine Offene Handelsgesellschaft vorhanden ist, d. h. daß sie schon und noch besteht. Demgemäß ist zu untersuchen, wann eine Offene Handelsgesellschaft entstanden ist. Da aus der Definition des § 105 HGB. genugsam hervorgeht, daß die Offene Handelsgesellschaft eine Gesellschaft im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches ist, ergibt sich zunächst ein Gesellschaftsvertrag als durchaus notwendig. Das Gesetz gibt weder im Handelsgesetzbuch besondere Bestimmungen über die Form eines solchen Vertrages, noch verlangt das Bürgerliche Gesetzbuch eine solche Form. Der Gesellschaftsvertrag ist demnach den allgemeinen Bestimmungen gemäß zu behandeln. Eigentümlich ist diesem Vertrage nur, daß er die Gesellschafter zum Betriebe eines vollkaufmännischen Unternehmens zusammenführt[1]). Liegt aber ein ordnungsmäßiger Vertrag vor, dann besteht die Gesellschaft. Es gibt kein anderes Erfordernis, um die Gesellschaft ins Leben zu rufen. Das verträgt sich auch durchaus mit dem Gesetz[2]). Der § 105 HGB. verlangt nicht, daß ein Handels-

[1]) Bei älteren Gesellschaften wird sich die Prüfung des Vertrages meist erübrigen, da sich die Gesellschafter auf Grund ihres Auftretens als Offene Handelsgesellschafter für den Rechtsverkehr auch untereinander wie Offene Handelsgesellschaften behandeln lassen müssen.

[2]) Vgl. hierzu Düringer-Hachenburg zu § 123 Anm. 11; RG. bei Holdheim 1905 S. 164; and. Ans. Staub, der den Beginn des der Gesellschaft eigenen Geschäftsbetriebes verlangt.

gewerbe betrieben werde, sondern lediglich, daß der Zweck der Handelsgesellschaft der gemeinsame Betrieb eines Handelsgewerbes sei. Wäre der Betrieb eines Handelsgewerbes für die Existenz der Handelsgesellschaft wesentlich, könnte man nicht erklären, weshalb das Gesetz im § 123 HGB. ausdrücklich hervorhebt, daß die Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten erst mit dem Beginn ihrer handelsgewerblichen Tätigkeit in Kraft tritt. Das Vorhandensein einer Offenen Handelsgesellschaft hängt demnach nicht von dem Betrieb eines Handelsgewerbes ab. Sie hört ja auch nicht auf zu bestehen, wenn der Betrieb für einige Zeit eingestellt wird. Eine Offene Handelsgesellschaft und damit die Möglichkeit, nach § 140 HGB. den Ausschluß eines Gesellschafters durch Klage zu fordern, liegt also immer vor, wenn ein gültiger Gesellschaftsvertrag den Forderungen des § 105 HGB. entsprechend geschlossen ist.

Sobald dieser Vertrag geschlossen ist, ist auch die Möglichkeit einer Ausschlußklage gegeben. Es sind Fälle denkbar, in denen die Vertragsparteien mit einem ihrer Kompagnons nicht an die Öffentlichkeit treten wollen. Häufig wird ihnen der Weg der Anfechtung gegeben sein. Ein vertragliches Rücktrittsrecht nach § 346 BGB. würde die ganze Vereinigung zerstören. Ein gesetzliches Rücktrittsrecht nach §§ 325, 326 BGB. ist durch die Sondervorschrift des § 133 HGB. ausgeschlossen[3]). Treten nun Gründe ein, die die Abneigung gegen einen gesellschaftlichen Zusammenschluß rechtfertigen — z. B. schwere Krankheit, wenn die Gesellschaft der persönlichen Arbeitskraft bedarf —, so muß den übrigen Gesellschaftern notwendig der Weg des § 140 eröffnet werden. Diese Forderung verstärkt sich noch besonders in solchen Fällen, in denen die Gesellschafter schon Vorbereitungsgeschäfte eingegangen sind. Schlossen sich z. B. verschiedene Personen zum Betriebe eines Warenhauses zusammen, führten einen Neubau auf und entdeckten plötzlich, daß einer der Gesellschafter ein Betrüger ist, so kann man nicht wollen, daß ein solches halbfertiges Gebäude in eine Liquidationsmasse käme. Liegt demnach ein Gesellschaftsvertrag vor, der die Beteiligten auf bestimmte Zeit bindet, oder zwar auf unbestimmte Zeit geht, jedoch die Einzelnen mit besonderer Kündigungsfrist beschwert (§ 133 HGB.), so ist die Möglichkeit einer Ausschließungsklage vorgesehen.

---

[3]) Vgl. Düringer-Hachenburg zu § 133 Anm. 1; Holdheim 17 S. 107; Warneyer ErgBd. 17 S. 453; Recht 17 Nr. 583; RGZ. 89 S. 333, 81 S. 303; LZ. 1916 S. 461, 1909 S. 931.

Es fragt sich nun, ob diese Möglichkeit auch noch im Stadium der Liquidation vorhanden sein wird. Die Beendigung der Liquidation nimmt selbstverständlich jede Möglichkeit eines Ausschlusses. Das Reichsgericht verneint die Möglichkeit einer Ausschlußklage während der Liquidation[4]). Nach seiner Meinung soll die Gesellschaft im Stadium der Liquidation als fortbestehend angesehen werden, soweit es für die Liquidationszwecke notwendig ist. Im übrigen sei die Gesellschaft aufgelöst. Da nun der Zweck des § 140 HGB. die Lösung des Vertrages bei Aufrechterhaltung des Unternehmens sei, soll während der Liquidation für seine Anwendung kein Raum mehr sein. Hieraus ergibt sich schon, daß es für diese Frage wichtig ist, welchen Einfluß man der Auflösung auf die Gesellschaft beimessen wird.

Man wird sagen können, daß die Offene Handelsgesellschaft trotz Auflösung zunächst weiterbesteht. Die Liquidationsgesellschaft ist nichts anderes als die Offene Handelsgesellschaft, die infolge der Auflösung ihre Produktion eingestellt hat. Darin besteht der einzige Unterschied von der Offenen Handelsgesellschaft, mit der sie eine Einheit bildet[5]). Die Gesellschafter werden durch die Auflösung der Verpflichtung enthoben, für die gemeinsame Förderung dem Zwecke der Gesellschaft ihre Mittel und ihre Kräfte zur Verfügung zu stellen. Ihr eigener Schaden wäre es natürlich, wollten sie sich mit einem Schlage trennen. Diese Trennung bedarf vielmehr einer eventuell recht langwierigen Vorbereitung. Die Gesellschaft muß Begonnenes zu Ende führen können. Das geht natürlich nur, wenn in der ganzen Linie ihres Seins und Arbeitens Einheit herrscht. Die Auflösung der Offenen Handelsgesellschaft bringt also nichts Neues. Sie leitet vielmehr die langsame Rückentwicklung der Gesellschaft bis zum Nullpunkt ein[6]). Diese Rückentwicklung kann aber wieder gehemmt werden, die Liquidationsgesellschaft kann ihre Produktion wieder aufnehmen, kann wieder vollwertige Handelsgesellschaft werden. Voraussetzung hierfür ist der einstimmige Beschluß aller Gesellschafter[7]). Das Gesetz spricht allerdings nicht von einer solchen

---

[4]) RGZ. 74 S. 62 ff.

[5]) Vgl. Staub zu § 131 Anm. 1; Dür.-Hachenburg zu § 131 Anm. 1; Wieland S. 668; Flechtheim in JW. 1911 S. 176 ff; RGZ. 54 S. 281; KG. in KGJ. 25 A S. 80.

[6]) Dür.-Hachenburg zu § 131 Anm. 1; Warneyer ErgBd. 15 Nr. 154.

[7]) Goldmann-Lilienthal zu § 129 Anm. 43; Wimpfheimer § 145.

Möglichkeit, erwähnt den Fall aber auch nicht negativ. Für den Fall aber, daß die Auflösung durch Konkurs der Handelsgesellschaft eingetreten war und der Konkurs durch Zwangsvergleich beendet oder das Verfahren auf Antrag eingestellt wurde, gibt der § 144 HGB. die Möglichkeit der Fortsetzung. Also stellt das Gesetz einer Rückwandlung keine prinzipiellen Bedenken entgegen. Durch diese Bestimmung wurde einem Bedürfnis des Wirtschaftslebens Rechnung getragen. Auch der Fall der stillschweigenden Fortsetzung nach Zeitablauf wird im Gesetz noch erwähnt (§ 134 HGB.). Diese Bestimmungen zeigen aber, daß das Gesetz geneigt ist, eine Einheit von Offener Handelsgesellschaft und Liquidationsgesellschaft anzunehmen. Da nun aber sonst kein Unterschied zwischen den Fällen der §§ 134, 144 HGB. und den sonst vorkommenden Auflösungen Offener Handelsgesellschaften zu finden ist, wird man nicht fehlgehen, wenn man mit dem Kammergericht[8]) die Möglichkeit der Fortsetzung einer Offenen Handelsgesellschaft im Stadium der Liquidation bei Zustimmung aller Beteiligten annimmt[9]).

Anerkennt man nun schon einmal die Fortsetzung der Offenen Handelsgesellschaft, so ist damit die Einheit von Liquidations- und Offener Handelsgesellschaft anerkannt. Demzufolge finden die Bestimmungen der Offenen Handelsgesellschaft und damit auch diejenigen, die vom Wechsel der Personen handeln, auf die Liquidationsgesellschaft Anwendung. Es ist aber auch kein Grund zu finden, weshalb man die Fortsetzung nur einräumen will, wenn alle Gesellschafter zustimmen. Dem Gesetzgeber hat immer der Gedanke vorgeschwebt, die Werte zu erhalten, die ein Unternehmen einmal darstellt. Merken die Unternehmer plötzlich, daß der Grund zu dem Übel, das sie zur Liquidation des Unternehmens bewog, lediglich in der Person eines Gesellschafters lag, wird man ihnen nicht die Möglichkeit verschließen dürfen, das Unternehmen ohne den Schuldigen fortzusetzen. Für solche Fälle gibt auch Düringer-Hachenburg die Möglichkeit der Fortsetzung, also des Antrags auf Ausschluß des Schuldigen durch richterlichen Entscheid zu. Für andere Fälle soll eine solche Möglichkeit dem Sinn der Gesetzesstelle widerstreben. Das mag möglich sein, wenn

---

[8]) KG. in KGJ. 25 A S. 82 ff.

[9]) Vgl. Staub zu § 131 Anm. 2 u. 3; Dür.-Hachenburg zu § 131 Vorbem. 3; Holdheim 16 S. 17; Warn. 8 S. 230; Denkschrift S. 110; Lehmann-Ring vor § 131 Nr. 3; KG. in KGJ. 44 A S. 130; in JW. 1925 S. 640 Nr. 7; LZ. 1908 S. 82; RGZ. 106 S. 63; RFH. 1 S. 261.

man, wie das Reichsgericht es tut[10]), als Zweck dieser Paragraphen die Erhaltung des Unternehmens der Offenen Handelsgesellschaft und vorzeitige Lösung eines Vertragsverhältnisses ansieht. Zugegeben wird, daß die erste Forderung nicht mehr in Frage kommt. Man muß aber daran denken, daß der Gesetzgeber stets bemüht war, bei Rechtsverhältnissen, die eine starke Annäherung der Personen und damit die Notwendigkeit eines starken Vertrauens mit sich brachten, eine Möglichkeit schneller Lösung zu geben.

Es wird aber Gründe genug geben, wichtige Gründe, die einen Gesellschafter bewegen können, Sorge zu tragen, daß auch noch während der Liquidation einem Kompagnon durch den Ausschluß ein Teil seiner Rechte genommen werde. Mit Beginn der Liquidation zerreißen nicht alle Beziehungen zwischen den Gesellschaftern. Die Liquidation kann sie Jahre hindurch noch zusammenhalten. Die gleichen Gründe, der Mangel persönlichen Vertrauens, die eine Ausschlußmöglichkeit bei der Offenen Handelsgesellschaft überhaupt gaben, fordern diese Möglichkeit während der Liquidation. Man könnte den Fall konstruieren, daß jemand um seine Ehre oder sein Fortkommen zu sichern, durchaus interessiert ist, durch richterliche Erkenntnis einen anderen von sich zu stoßen, damit so die Schuld des anderen an dem geschäftlichen Niedergang dokumentiert werde. Es gibt also Gründe genug, die einen solchen späteren Ausschluß rechtfertigen. Ferner wurde gezeigt, daß die Fassung des Gesetzes keine Schwierigkeiten macht und auch der Sinn und der Zweck der Gesetzesbestimmung einer solchen Meinung nicht widersprechen, sondern sie in jeder Hinsicht stützen.

Die oben angeführten Gründe sprechen auch gegen die Ausführungen von Zoelsch[11]). Er erklärt, das Ausscheiden aus einer Liquidationsgesellschaft sei unlogisch, weil die Liquidation für alle Gesellschafter die Loslösung voneinander und die finanzielle Auseinandersetzung bringe. Es wäre also durch die Liquidation für alle das gegeben, was sonst für den Einzelnen das Ausscheiden sei. Wir haben gesehen, daß diese Gedankengänge in ihrer Allgemeinheit nicht durchschlagen können. Die Möglichkeit, den Ausschluß eines Gesellschafters durch gerichtliche Entscheidung zu beantragen, ist demnach bis zur völligen Erledigung des Abwicklungsverfahrens gegeben[12]).

---

[10]) RGZ. 74 S. 62

[11]) a. a. O. S. 14.

[12]) Vgl. hierzu Staub zu § 140 Anm. 1; Wieland S. 715 Anm. 9; Flechtheim, JW. 1911 S. 176 u. 479; Ritter, ZHR. 69 S. 289; JW. 1912

Hat sich so gezeigt, daß bei Einreichung des Ausschließungsantrages eine Offene Handelsgesellschaft schon und noch bestehen muß, bleibt noch zu erwähnen, daß im Falle einer Klage nach § 140 HGB. eine Gesellschaft auch nach der Auswirkung des Urteils noch bestehen muß. Die Bestimmungen des § 140 HGB. gelten also nur für solche Fälle, in denen es sich um Gesellschaften handelt, die mindestens 3 Personen zusammenschließen. Bei den sogenannten Zweimännergesellschaften greifen in solchen Fällen die Normen des § 142 HGB. Platz.

§ 3.

Form der Geltendmachung des Ausschlußbegehrens.

Es fragt sich nun, in welcher Form der Antrag auf Ausschluß eines Offenen Handelsgesellschafters gestellt werden soll. Der zweite Absatz des § 140 HGB. spricht davon, daß für die Auseinandersetzung der Zeitpunkt maßgebend sein soll, in dem die Klage eingereicht wurde. Die ausschließende Entscheidung wird also durch Einreichung einer Klage beantragt. Selbst wenn das Vorliegen eines wichtigen Grundes evident ist, wird man nicht einräumen dürfen, daß der Anspruch auf Ausschluß des Gesellschafters in einem anderen Prozeß — etwa wenn es sich um die Zahlung der Einlagen handelt — einredeweise geltend gemacht werden könnte. Eine solch weitgehende Funktion verträgt sich nicht mit der ganzen Einrichtung der Einrede, die lediglich als Verteidigungsmittel gedacht ist. Wohl aber wird einem Anspruch aus dem Gesellschaftsvertrage die Ausschließungstatsache an sich entgegengehalten werden können: dolo petit quod statim redditurus sit. Dabei ist ja auch das Recht der Berechtigten vollkommen gewahrt. Sie haben die Möglichkeit, jederzeit den Ausschließungsprozeß anzustrengen. Bis zu seiner Erledigung wird

---

S. 267. Mit der angeführten Einschränkung: Düringer-Hachenburg § 241 Anm. 11; and. Ans. Hachenburg, JW. 1911 S. 430; Lehmann-Ring zu § 140 Nr. 7; JW. 1911 S. 271 Nr. 29; RGZ. 74 S. 62; RG. in JW. 1919 S. 381 Nr. 8; OLG. Hamburg in LZ. 1918 S. 1293. Eine Einschränkung des reichsgerichtlichen Standpunktes kann neuerdings konstatiert werden. Das Reichsgericht hat anerkannt, daß die Auflösung auf einen Ausschließungsprozeß ohne Einfluß ist. Bei dieser Erkenntnis angelangt, muß aber der Weg zu der im Text vertretenen Ansicht führen. Vgl. RGZ. 102 S. 176; RG. in JW. 1925 S. 245 Nr. 31.

der Prozeß aus dem Gesellschaftsvertrag wohl ausgesetzt werden[1]).

Das Begehren auf Ausschließungsentscheid muß aber ein ausdrückliches sein. Da, wie schon erwähnt wurde, eine grundsätzliche Verschiedenheit besteht zwischen Ausschließung und Auflösung, so ist vor allen Dingen zu bemerken, daß in dem Antrag auf Ausschließung nicht das Begehren auf Auflösung oder umgekehrt enthalten ist. Ein Wechsel der beiden Anträge würde vielmehr als Klagänderung anzusprechen sein[2]). Wohl sind dagegen beide Anträge eventualiter möglich. Durchaus unbedenklich ist es auch, die Erhebung des Antrags durch eine Widerklage einzuräumen[3]). Diese Möglichkeit ist besonders immer dann gegeben, wenn bei einer Auflösungsklage der Beklagte, gestützt auf irgendwelche Verstöße gegen den Gesellschaftsvertrag von seiten der Gegenpartei, widerklagend den Ausschluß verlangt[4]).

Nicht dagegen aber wird man zur einstweiligen Verfügung greifen können, um den Ausschluß durchzuführen. Es ist gewiß richtig, daß es die Möglichkeit gibt, mittels einstweiliger Verfügung bis zu den Grenzen der Zwangsvollstreckung zu gehen, wie Staub im Anschluß an das Reichsgericht hervorhebt[5]). Er will damit dem Richter freistellen, in allen Fällen, in denen es seine Verantwortung tragen kann, zur einstweiligen Regelung zu greifen. Er ist jedoch außerordentlich vorsichtig mit dieser Meinung. Er kann nicht genug davor warnen, die einstweilige Verfügung in Fällen anzuwenden, die nicht ganz handgreiflich klar liegen. Eine einstweilige Verfügung würde aber bei einem anderslautenden Urteil nicht nur große Schwierigkeiten machen können, sondern sie ist ihrem Wesen nach schlechthin nicht zu gebrauchen. Es ist hervorzuheben, daß eine einstweilige Verfügung nur dazu dienen kann, einen Individualanspruch zu sichern[6]). Im vorliegenden Falle handelt es sich aber um ein subjektives öffentliches Recht

---

[1]) So Staub zu § 140 Anm. 1a; Dür.-Hachenburg zu § 140 Anm. 7; Lehmann-Ring zu § 140 Nr. 3; Zoelsch S. 40; RG. in JW. 1913 S. 548 Nr. 14; OLG. Hamburg im Recht 1924 Nr. 1254.

[2]) Hierzu Staub § 140 Anm. 1a; Düringer-Hachenburg zu § 140 Anm. 7; Zoelsch S. 42 ff.; RGZ. 24 S. 140; RG. in JW. 1917 S. 292 Nr. 12.

[3]) Vgl. außer den Nachweisen zu 2) RG. in LZ. 1916 S. 40 Nr. 17.

[4]) Kohler zu JW. 1925 S. 245 Nr. 31.

[5]) Staub zu § 133 Anm. 10 verweist auf RGZ. 9 S. 335; RG. in JW. 1899 S. 43 Nr. 40; OLG. Cassel in OLG. 40 S. 133.

[6]) Vgl. Stein-Jonas zu § 835 Anm. 1 u. 2; Rosenberg S. 651.

gegen den Staat[7]). Eine einstweilige Verfügung kann nicht erlassen werden. Es würde hier ein resulutiv bedingter Zustand geschaffen. Schon mit Rücksicht auf die Auseinandersetzung verträgt das Ausschließungsverfahren einen Schwebezustand nicht[8]). Aus dem Charakter und Zweck einer einstweiligen Verfügung geht schon genügend hervor, daß sie hier versagt werden muß. Im vorliegenden Falle würde sie anordnen, was erst der richterliche Spruch bringen soll. Es ist aber mit dem Wesen einer einstweiligen Verfügung nicht vereinbar, daß sie sich mit dem angestrebten Urteil deckt[9]).

Noch weniger wird man den Gesellschaftern zugestehen können, durch Beschluß einen Gesellschafter aus ihrer Gemeinschaft zu entlassen. Zwar sind die Normen des § 140 HGB. nicht zwingendes Recht. Es ist freigestellt, die Möglichkeit des Ausschlusses ganz zu untersagen[10]), sie zu erschweren und zu erleichtern. So besteht vor allen Dingen auch die Möglichkeit, durch Vertrag Ausschließungsgründe zu nennen, die nach dem Gesetz nicht ausreichend sein würden. Man wird den Gesellschaftern zugestehen können, absolute Ausschließungsgründe, die also die richterliche Erwägung betreffs Wichtigkeit vollkommen ausschalten, zu nennen. Keinesfalls aber darf daran gedacht werden, den Gesellschaftern das Recht einzuräumen, durch Beschluß einen von ihnen auszustoßen. Diese Funktion ist dem richterlichen Erkenntnis vorbehalten. Der Ausschluß eines Gesellschafters ist mit vollem Recht einer Strafe nachgebildet, seine ganzen Wirkungen konzentrieren sich in der Person des Ausgeschlossenen. Die Folgen sind zu wichtig, als das man es dem Beschluß der Gesellschafter anheimstellen könnte, einen Ausschluß auszusprechen[11]). Es muß vielmehr im Anschluß an das Gesetz immer eine Klage gefordert werden.

---

[7]) Siehe unten S. 35 ff.

[8]) Wie im Text Lehmann-Ring zu § 133 Nr. 2; Marcus in Holdheim 15 S. 39; Dür.-Hachenburg zu § 133 Anm. 15, zu § 140 Anm. 8; Alexander-Katz. ZHR. 70 S. 91 ff.; Flechtheim in JW. 1916 S. 837; KG. in OLG. 40 S. 433. And. Ans. Staub zu § 133 Anm. 10; Ritter zu § 140 Anm. 2; Makower zu § 140 Anm. III a, zu § 133 Anm. I c; Zoelsch S. 55; Frühsorge S. 28; RG. in JW. 1916 S. 837 Nr. 11; RG. im Recht 1916 Nr. 1355.

[9]) Vgl. Marcus, Holdheim 21 S. 150 ff.

[10]) Soweit das mit der Idee des § 276 BGB. im Einklang steht. Recht 1924 Nr. 661.

[11]) Vgl. RGZ. 24 S. 137 ff.

§ 4.

Der rechtliche Charakter der Ausschlußklage.

Das in der Klage ausgesprochene Begehren geht auf die Änderung eines Rechtsverhältnisses. Es wird eine Entscheidung verlangt, in der ausgesprochen werden soll, daß der Beklagte in Zukunft nicht mehr Gesellschafter der Offenen Handelsgesellschaft sein soll. Das Begehren geht also auf eine Rechtsänderung und stellt sich somit als Gestaltungsklage dar[1]). Diese Gestaltungsklage steht im Anfang einer Entwicklung, deren Ende ein Urteil ist, mit dessen Rechtskraft der Beklagte seine Stellung als Gesellschafter verliert. Das Urteil wirkt konstitutiv.

Nach der Ansicht Breits handelt es sich hier um eine Leistungsklage. Breit geht von der Behauptung aus, daß die Auflösungsklage der Ausschlußklage wesensgleich sei[2]). Er behauptet, daß die Bestimmungen des § 140 HGB. auch eine Gesellschaft auflösen. Es trete nach der Rechtskraft des Urteils etwas anderes an die Stelle der Offenen Handelsgesellschaft. Der Auflösungs- und Ausscheidungsanspruch sollen sich nur durch Verschiedenheiten auf der Gläubiger- und Schuldnerseite unterscheiden, in dem Gläubiger des Auflösungsanspruches eben jeder einzelne Gesellschafter sein kann. Der Auflösungsanspruch aber soll gegen den Beklagten auf Einwilligung zur Auflösung gehen. Nach seiner Meinung bewirkt also die Rechtskraft des Urteils nicht die Auflösung, sondern sie läßt nur die geforderte Willenserklärung für abgegeben gelten. Die Auflösung selbst geschehe dann infolge eines einstimmigen Beschlusses der Gesellschafter. Ein ähnlicher Beschluß soll nun durch das richterliche Erkenntnis auf Grund des § 140 HGB. möglich gemacht werden. Die Klage gehe auch hier auf Auflösung der Offenen Handelsgesellschaft, allerdings, um diesmal sofort einer anderen Platz zu machen.

Es muß jedoch gesagt werden, daß der Ausgangspunkt dieser Ausführungen nicht richtig ist. Ausschließung und Auflösung können nicht wesensgleich sein[3]). Schon die Verschiedenartigkeit der Folgen, die beim Ausschluß nur den Einzelnen treffen, zeigt uns das. Beide Ansprüche sind vielmehr so verschieden, daß ein

---

[1]) Vgl. Fischer S. 138, besond. Anm. 26; Lehmann-Ring zu § 133 Nr. 2; Dür.-Hachenburg zu § 140 Anm. 9.

[2]) JurRdsch. 1926 S. 767 ff.

[3]) Holdheim 26 S. 151.

Wechsel der Anträge im Prozeß als Klagänderung zu werten wäre. Beide Klagen verfolgen verschiedene Ziele. Die Gesellschaft, die nach dem Urteil weiter besteht, ist keine neue Vereinigung. Wir haben es mit der alten Offenen Handelsgesellschaft zu tun. Allerdings hat sich die Grundlage, das gesamthänderische Rechtsverhältnis unter den Gesellschaftern verändert. Doch löst sich das Band nicht. Die gesamte Hand läßt nur einen ihrer Mitträger los. Man wird sich nur schwer dazu bereit erklären können, in den Fällen des § 140 jedesmal einen stillschweigend geschlossenen Gesellschaftsvertrag anzunehmen. Der Ausschlußanspruch kann also kein Begehren auf Zustimmung zum Auflösungsbeschluß sein [4]). In ihm die Forderung auf Zustimmung zu einem Ausschließungsbeschluß zu sehen, geht nicht an, da das Gesetz keinen Ausschluß auf Grund eines Beschlusses der Gesellschafter kennt. Von einer Leistungsklage kann demnach nicht die Rede sein.

Es ist ein Urteil notwendig, um den Ausschluß zu erreichen. Im Gegensatz zu § 737 BGB. weist die Fassung des § 140 HGB. darauf hin, daß eine bloße Erklärung der übrigen Gesellschafter diesen Erfolg nicht haben kann [5]). Die rechtserzeugende Kraft des Urteils wird aber durch die Festlegung des Auseinandersetzungstermines im § 140 Abs. II HGB. nicht, wie Düringer-Hachenburg, der der angezogenen Gesetzesstelle nur eine interne Wirkung zuerkennen will, negativ beeinflußt, sondern sogar durch das Vorhandensein einer solchen Bestimmung noch bekräftigt. Das natürlichste wäre ja, wenn der Stichtag für die Auseinandersetzung mit dem Termin des Ausschlusses zusammenfiele. Als Tag des Ausschlusses kann aber nur in Frage kommen der Zeitpunkt, in dem die Ausschließungstatsache vorliegt, oder die Klage eingereicht wurde, oder das Urteil rechtskräftig wurde. Der Tag der Klageerhebung kann aber nicht der Tag des Ausschlusses sein, da dann nicht notwendig wäre, diesen Termin eigens hervorzuheben. Es ist auch kein Grund zu finden, weshalb man den Abrechnungsstichtag nach dem Ausschlußtermin legen wollte. Bei der Fassung des § 140 Abs. II HGB. ist es einfach undiskutabel, einen Ausschlußtermin vor der Klageerhebung annehmen zu wollen. Der Zweck der Bestimmung kann nur sein, die verbleibenden Gesellschafter zu schützen. Sie hat nur Sinn, wenn auch nach dem genannten Stichtag der Beklagte noch Gesellschafter, also noch zur

---

[4]) Vgl. Staub zu § 140 Anm. 1a; Dür.-Hachenburg zu § 140 Anm. 7; RG. in JW. 1907 S. 292 Nr. 13; RGZ. 21 S. 140.

[5]) Vgl. Staub zu § 140 Anm. 6; Dür.-Hachenburg zu § 140 Anm. 6; Denkschrift S. 101.

Geschäftsführung und Vertretung berechtigt ist. Die Bestimmung des § 140 Abs. II HGB. ist also nur gerechtfertigt, wenn der Ausschluß bei der Rechtskraft des Urteils liegt[6]).

Bei dieser konstitutiven Bedeutung des Urteils kann das Verhältnis, am Ende dessen das Urteil steht, natürlich nicht durch eine Feststellungsklage eingeleitet werden. Damit soll nicht gesagt werden, daß das Urteil nicht indirekt Feststellungen enthalte über das Vorliegen des Grundes, das zugrundeliegende Rechtsverhältnis usw. Das sind Erscheinungen, die bei jedem Urteil zu finden sind[7]). — Bis zur Rechtskraft des Urteils behält der Beklagte alle sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten. Es ist nun häufig behauptet worden, daß diese Wirkungen auch mit der vorläufigen Vollstreckbarkeit des Ausschlußurteils eintreten soll. Dabei muß aber bedacht werden, daß es doch das Bestreben des Gesetzgebers war, für die Offene Handelsgesellschaft in jeder Beziehung klare und endgültig feststehende Verhältnisse zu schaffen. Dem widerspricht aber eine spätere Aufhebung des Urteils. Außerdem würden sich Schwierigkeiten ergeben, wenn zwecks Auseinandersetzung getätigte Vermögensverschiebungen wieder rückgängig gemacht werden müßten. Jedoch könnten diese Umstände, wie Staub richtig hervorhebt, nichts gegen die prinzipielle Möglichkeit des Ausschlusses durch vorläufig vollstreckbares Urteil sagen. Es muß vielmehr das Urteil in seiner konstitutiven Bedeutung herangezogen werden. Die rechtsgestaltenden Funktionen des ausschließenden Erkenntnisses dürften ja wohl allgemein anerkannt sein. Mit einer solchen Wirkung verträgt sich aber eine vorläufige Vollstreckbarkeit nicht. Die Wirkung der konstitutiven Urteile beruht nicht in ihrer Vollstreckbarkeit, wie z. B. bei einem Leistungsurteil. Die Gestaltungsurteile tragen vielmehr ihre Wirkung in sich und können sich daher erst auswirken, wenn sie selbst unbestreitbar sind. Sie brauchen die Rechtskraft notwendig als Voraussetzung ihrer Wirksamkeit[8]).

Staub beruft sich zum Beweis des Gegenteils auf ein Erkenntnis des Kammergerichts[9]), das die Möglichkeit anerkannt

---

[6]) Vgl. Dür.-Hachenburg zu § 140 Anm. 6, 9 u. 10; Staub zu § 140 Anm. 6; Makower zu § 140 Anm. 3a; Lehmann-Ring zu § 133 Nr. 2; Ritter zu § 140 Anm. 2; Wimpfheimer S. 107; Zoelsch S. 54/55; Cosack § 110 III, 1c; RGZ. 15 S. 82; JW. 1913 S. 548 Nr. 24.

[7]) Vgl. Lehmann-Ring zu § 133 Anm. 2; von einem Feststellungsurteil mit konstitutiver Bedeutung spricht Zoelsch S. 57.

[8]) Vgl. Rosenberg S. 548.

[9]) Staub zu § 133 Anm. 11; KGJ. S. 235.

habe, auf Grund einer durch vorläufig vollstreckbares Urteil ausgesprochenen Auflösung Registereintragungen zu tätigen. Das Kammergericht stellt unter Berufung auf das Reichsgericht[10]) fest, daß — ohne auf die Vollstreckbarkeit einzugehen — durch die vorläufige Vollstreckbarkeit das Urteil allgemein gültig sei, und daher auch für den Registerrichter gelte. Aber wenn man mit den oben genannten Entscheidungen in dem Ausdruck „vollstreckbar" die anerkannte Gültigkeit sehen will, zeigt sich nur deutlicher, daß diese Qualifikation mit dem Begriff eines Gestaltungsurteils nichts gemein haben kann. Es wäre ein Unding, wollte man Rechtszustände schaffen, die nachher vielleicht wieder als nie dagewesen zu betrachten wären[11]).

Auch eine Berufung auf § 16 HGB. schlägt nicht durch. Seine Voraussetzungen sind durchaus nicht gegeben[12]). Es liegt keine Entscheidung vor, durch die die Verpflichtung zur Mitwirkung einer Anmeldung festgestellt wird. Durch das Urteil wird gemäß § 143 HGB. lediglich ein eintragungspflichtiger Tatbestand geschaffen. Dieser Tatbestand zieht aber erst die Eintragungspflicht nach sich, wenn er unantastbar und endgültig feststeht. Man wird also bei der Eintragung immer die Rechtskraft der Entscheidung abzuwarten haben.

Glaubt man aber, bis zur Rechtskraft der Entscheidung irgendwelche schädigende Handlungen des Gesellschafters befürchten zu müssen, wird man dies durch eine einstweilige Verfügung verhindern können. Der Gesellschafter bleibt allerdings auch nach Erlaß dieser Verfügung noch Gesellschafter. Man kann jedoch durch einstweilige Verfügung anordnen, daß ihm die Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, Gelder abzuheben usw. genommen wird.

§ 5.

Die Parteien der Ausschlußklage.

Nach dem Wortlaut des § 140 ist als Regel zu verlangen, daß Anträge auf Ausschließungsurteile nur die Gesamtheit der übrigen

---

[10]) RGZ. 16 S. 420, 25 S. 377.

[11]) Dieses führt auch Marcus, Holdheim 21 an, der ebenfalls die vorläufige Vollstreckbarkeit des Ausschlußurteils ablehnt.

[12]) Dür.-Hachenburg zu § 133 Anm. 14, zu § 140 Anm. 6; Stein zu § 708 Anm. I, 3 u. 4; Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 466 ff.; Rosenberg § 180 I, 2b; Alexander-Katz, ZHR. 70 S. 91; RG. in JW. 1924 S. 1179; and. Ans. Staub zu § 133 Anm. 11.

Gesellschafter stellen kann. Selbst wenn der Gesellschaftsvertrag vorsieht, daß Beschlüsse mit Stimmenmehrheit gefaßt werden können, muß in dem Fall des § 140 HGB. Einstimmigkeit verlangt werden [1]). Diese Regelung wurde durch die starke Verkettung der Gesellschafter untereinander und des Einzelnen mit dem Unternehmen notwendig gemacht. Nur wenn alle Gesellschafter der Meinung sind, daß sie mit einem Sozius nicht mehr zusammenarbeiten können, soll diese Verkettung gelöst werden können. Wenn jemand nur mit Rücksicht auf eine bestimmte Persönlichkeit einer Gesellschaft beitrat, soll ihm nicht zugemutet werden, gezwungenermaßen das Vertragsverhältnis ohne diese Person fortsetzen zu müssen, weil man den Betreffenden gegen seinen Willen entfernte [2]).

Sollen mehrere Gesellschafter ausgeschlossen werden, so können sie zusammen von den übrigen Gesellschaftern verklagt werden. Düringer-Hachenburg und Staub sprechen in diesem Falle von einer notwendigen Streitgenossenschaft [3]). Da aber eine solche immer nur eine einheitliche Entscheidung zuläßt [4]), wird notwendige Streitgenossenschaft scheinbar nur dann Platz greifen, wenn die Beklagten aus dem gleichen Grunde verklagt wurden, da sonst die Entscheidung verschieden zu sein scheint. Bei näherer Untersuchung ergibt sich aber, daß nur ein einheitliches Urteil ergehen kann, weil zum Ausschluß Einstimmigkeit erforderlich ist. Es kann daher nicht einer der Genossen ohne den Willen eines anderen ausgeschlossen werden. Man darf aber auf das Erfordernis der Einstimmigkeit nicht deshalb verzichten wollen, weil der Opponent selbst mitverklagt war. Hier würde man nur einer bequemen Art und Weise, die eindeutige Bestimmung des Gesetzes zu umgehen, die Türe öffnen. Auch wenn man wie Breit das Gesetz so auslegt, daß die Gesamtheit der übrigen Gesellschafter nicht den Antrag stellen müßte, sondern vielmehr dem Gesetze schon genug getan sei, wenn alle außergerichtlich ihr Einverständnis erklären, würde das für den Fall nichts Neues bringen. Zudem erscheint eine solche Auslegung reichlich willkürlich. Da man aber ebenso schwierig eine Einverständniserklärung wie eine Beteiligung bei der Klage erreichen wird, fehlt auch die Zweckmäßigkeit einer Abweichung vom Wortlaut des Gesetzes.

---

[1]) Vgl. Staub zu § 140 Anm. 1a; Dür.-Hachenburg zu § 140 Anm. 7; Wieland S. 715 Anm. 9.

[2]) JurRdsch. 1926 S. 858/59.

[3]) Staub zu § 140 Anm. 1a; Dür.-Hachenburg zu § 140 Anm. 7.

[4]) Seuffert § 62 Anm. 2b.

Haben sich also nun von vier Gesellschaftern z. B. zwei unredlich benommen, so können die anderen ihren Ausschluß beantragen. Sie sind durch die Bestimmung des § 140 HGB. dazu ermächtigt. Eine solche Bestimmung fehlt aber für den Fall, daß bei einer Dreimännergesellschaft das gleiche eintritt. Der Dritte braucht die Zustimmung eines von ihnen zum Ausschluß des anderen. Es ist hier weder die Möglichkeit eines Ausschlusses nach § 140 noch nach § 142 gegeben. Der Wortlaut beider Stellen widerspricht einer Anwendung in diesem Falle. Wollte der Dritte das vertragliche Band lösen, läßt ihm der Wortlaut des Gesetzes nur den Weg, durch richterlichen Entscheid die Auflösung der Gesellschaft nach § 133 HGB. zu verlangen.

Man wird sich aber vergeblich bemühen, etwas zu finden, was diese außerordentlich verschiedene Behandlung der beiden Fälle irgendwie rechtfertigen könnte. Es gibt keine Erklärung dafür, daß ein Gesellschafter, der von seinem einzigen Kompagnon betrogen wird, besser gestellt sein soll, als wenn er gleich zwei solcher Gesellschafter hat. Man wird kaum von dem redlichen Gesellschafter verlangen wollen, daß er das Unternehmen zur Auflösung bringe, nur um sich vor weiteren Übergriffen der Gesellschafter zu hüten.

Höpker-Aschoff[5]) hat aus der Entstehungsgeschichte der fraglichen Gesetzesstellen und vorzüglich unter Heranziehung der Denkschrift bewiesen, daß der Wille des Gesetzgebers dahin ging, die Unternehmungen zu erhalten, zu erhalten auch in den hier besprochenen Fällen. Es ist eine klare Forderung der Vernunft und Billigkeit, hier den § 142 HGB. zur entsprechenden Anwendung zu bringen. Will man nun noch feststellen, ob man dabei an einen Ausschluß oder eine liquidationslose Übernahme denken muß, bleibt zu sagen, daß die Verschiedenheit der Worte der eigentliche Unterschied ist. In beiden Fällen geht das ganze Vermögen über, nur daß einmal auf der erwerbenden Seite ein einzelner, das andere Mal eine Mehrzahl steht. Ein innerer Unterschied ist also nicht da. Man würde die Worte beliebig zwischen den Paragraphen tauschen können[6]).

Es wurde also festgestellt, daß der Antrag auf Ausschließung im Regelfalle von allen übrigen Gesellschaftern gestellt werden

---

[5]) DJZ. 1910 S. 1076.

[6]) Vgl. Dür.-Hachenburg zu § 142 Anm. 3a; Staub Einl. zu § 142; Lehmann-Ring zu § 140 Nr. 2; Makower zu § 140 Anm. 1a; JurRdsch. 1926 S. 763 ff.

muß. Der Antrag richtet sich natürlich gegen den oder die Gesellschafter, die den Grund gesetzt haben, der den Ausschluß rechtfertigen soll. Hier interessiert es zu wissen, ob ein solcher Antrag auch dann noch notwendig ist, wenn der betroffene Gesellschafter seinem Ausschluß nicht widerspricht. Auf Grund der schon oben erwähnten Ansicht kommt Breit zu einer Verneinung dieser Frage. Für ihn geht ja das Ausschlußbegehren auf Zustimmung zum Ausschließungsbeschluß. Hat nun also der Gesellschafter seinem Ausschluß zugestimmt, ist eine Klage gegenstandslos geworden. Demgegenüber aber wurde schon gesagt, daß der Ansicht Breits nicht beigetreten werden kann, da es eben einen Ausschluß durch Beschluß der Gesellschafter nicht geben kann.

Man muß vielmehr auf anderem Weg das gleiche Ergebnis, daß nämlich eine Klage gegen den zustimmenden Gesellschafter gegenstandslos ist, suchen. Das Gesetz hat gesagt, daß bei Vorliegen eines wichtigen Grundes die Ausstoßung des Beklagten gerichtlich ausgesprochen werden kann. Damit gab es dem Gesellschafter einen Rechtsschutzanspruch. Mit anderen Worten, bei Vorliegen gewisser Tatsachen haben die Gesellschafter ein subjektives öffentliches Recht auf ein den Ausschluß aussprechendes Erkenntnis. In diesem Falle, wo das Gesetz bei seinen Normierungen vorzüglich an die Fälle der Ausstoßung wider Willen dachte, gehört also die Opposition des Auszuschließenden zur Begründung dieses Rechtsschutzanspruches. Wenn der Auszuschließende zustimmt, fehlt ja den Klägern jedes Interesse an einer Entscheidung. Es mangelt am Rechtschutzbedürfnis. Der Staat aber will nur in Aktion treten, wenn es notwendig ist. Wenn eine Zustimmung des auszuschließenden Gesellschafters vorliegt, kann man selbstverständlich den Ausschluß in die Hände der Gesellschafter legen. Es kann dann von keiner Willkür mehr die Rede sein. Es bedarf niemand des staatlichen Schutzes. Eine Klage auf Ausschluß eines zustimmenden Gesellschafters ist somit gegenstandslos [7]).

Anders als bei der Norm des § 133 HGB. ist zur näheren Bestimmung des Antragsgegners nach § 140 HGB. zu sagen, daß das Begehren nur gegen den Gesellschafter mit Erfolg gerichtet werden kann, in dessen Person der Grund liegt. Die Bestimmung des § 133 HGB. will eine Handhabung bieten, das Gesellschaftsverhältnis zu beenden. Die Wirkungen würden für alle Beteiligten gleich sein. Es ist niemand da, der besonders getroffen würde. Es genügt da-

---

[7]) Dür.-Hachenburg zu § 138 Anm. 3, zu § 140 Anm. 7; Staub zu § 140 Anm. 1.

her, daß ein Grund da ist, gleichgültig, wer ihn gesetzt hat. Es wird sogar genügen, daß es sich um Tatbestände handelt, die außerhalb der persönlichen Sphäre der Gesellschafter liegen. Nicht so bei den Normen des § 140 HGB. Hier soll ja nur einer ausgestoßen werden. Ihn allein treffen die Wirkungen des Ausschlußerkenntnisses. Daraus ist als notwendige Folge der Schluß zu ziehen, daß der Grund stets in der Person des Auszuschließenden liegen muß. Man kann nicht zugeben, daß ein einzelner Gesellschafter die Folgen von irgendwelchen nicht in seiner Person liegenden Tatsachen — schlechter Geschäftsgang etwa — allein tragen soll. Die ganze Bestimmung des § 140 HGB. ist nur gerechtfertigt, wenn der auszuschließende Gesellschafter selbst den Grund gesetzt hat[8]).

Dieses ist besonders wichtig, wenn es sich um den Ausschluß eines Erben handelt. Ist im Gesellschaftsvertrag die Möglichkeit eingeräumt, daß die Offene Handelsgesellschaft mit den Erben fortgesetzt wird, so soll er nicht gezwungen werden können, für fremdes Handeln einzustehen. Man wird zugeben müssen, daß die Regelung des § 140 HGB. stark nach einer Strafe aussieht[9]). Es ist daher unmöglich, diese Vorschrift auf die Erben auszudehnen. Der Ausschluß ist aber durchaus unangebracht, wenn ein Erbe nicht an der den Ausschluß rechtfertigenden Handlung beteiligt war. Es fehlt hier der Grund, der uns den § 140 brachte. Die Bestimmung sollte gleichsam eine Strafe für den Auszuschließenden und ein Schutz für die übrigen Gesellschafter werden. Das wird mit dem Tode des Schuldigen gegenstandslos. Dabei ist das Ergebnis gleich, ob die Klage schon eingereicht war oder nicht. Man muß in beiden Fällen zu einer Abweisung kommen[10]). Es muß gebührend berücksichtigt werden, daß der Tod im Grunde genommen den Gesellschaftern ja schon bringt, was sie in ihrer Klage begehren. Dieser Gedanke bringt uns auch zur Ablehnung der von Ritter[11]) und Alexander-Katz[12]) vertretenen Gegenansicht. Der letztere sieht in dem Anspruch auf Auflösung einen Anspruch auf Übernahme des Geschäftsanteils des Erblassers. „Es geht um Geld und Gut." Daraus folgert er, daß der Anspruch nicht

---

[8]) Vgl. Staub zu § 140 Anm. 2a; Makower zu § 140 1c; RGZ. 24 S. 137, 51 S. 91.

[9]) Vgl. hierzu Marcus bei Holdheim 21 S. 170 ff.

[10]) So Staub zu § 140, 2a; Dür.-Hachenburg § 140 Anm. 12; RGZ. 108 S. 388, 109 S. 80; RG. im Recht 1924 Nr. 1532; JW. 1925 S. 244 Nr. 30.

[11]) ZHR. 79 S. 300 ff.

[12]) ZHR. 70 S. 92 ff.

durch den Tod berührt werde. Es ist aber zu sagen, daß es sich bei dem Ausschluß in erster Linie um die persönliche Rechtstellung handelt. Der Beklagte soll aufhören, Gesellschafter zu sein. Die Anwachsung des Gesellschaftsanteils läuft notwendig daneben. Wenn man nun freilich dazu kommt, den Ausschluß des Erben auf Grund eines Rechtes gegen den Erblasser abzulehnen, darf nicht übersehen werden, daß in dem Tatbestand, der das Recht gegen den verstorbenen Gesellschafter begründete, sehr wohl ein wichtiger Grund gegen den Erben gefunden werden kann. Das dürfte z. B. der Fall sein, wenn der Erblasser durch unsaubere Geschäfte dem Namen seiner Familie einen schlechten Klang gegeben hat in bezug auf seinen Sohn. Hier würde es gegebenenfalls das Geschäft ungünstig beeinflussen, wenn bekannt würde, wer der Vorgänger des Gesellschafters war. In diesem Falle würde der Erbe seinen Kompagnon kompromittieren und dem Geschäfte schaden. Somit wäre ja unsere Forderung erfüllt, der Grund läge in der Person des auszuschließenden Gesellschafters.

§ 6.

Zeitpunkt und Gerichtsstand der Klageerhebung.

Es bleibt noch zu untersuchen, wann die Klage auf Ausschließung eines Gesellschafters eingereicht werden muß. Eine bestimmte Frist setzt das Gesetz nicht. Doch wird man sagen können, daß der Antrag so bald wie möglich eingereicht werden soll. Bei verspäteter Einreichung wird der Richter in die Lage versetzt, prüfen zu müssen, ob vielleicht irgendwelche Umstände eine Verzeihung erblicken lassen. Zur Annahme der Verzeihung kann es nicht genügen, daß die Gesellschaft in Kenntnis der Berechtigung zur Ausschlußklage fortgesetzt wird. Die Gesellschafter können Gründe haben, im Augenblick einer Auseinandersetzung aus dem Wege zu gehen. Wenn z. B. augenblicklich bald nach einer Inflation die Gesellschafter gezwungen würden, von einer Klage abzustehen, weil sie die Summe Bargeld zur Abfindung schwer aufbringen würden, kann ihnen dadurch das Recht nicht verlustig gehen, in nicht allzu ferner Zeit den Ausschluß zu verlangen. Oder es könnten die Verhältnisse so liegen, daß der an sich berechtigte Gesellschafter vielleicht erst vollständig von der Schuld überzeugt sein will[1]). Auch können die Berechtigten gewartet haben, um

[1]) ROHG. 6 S. 112 ff.

das ganze Wesen des auszuschließenden Gesellschafters kennenzulernen und dadurch ihre Schlüsse für die Zukunft zu ziehen. Der ungenutzte Ablauf einer längeren Zeit allein kann die Klage nicht zu Fall bringen. Wenn man etwa Gründe für eine Verzeihung darin suchen wollte, müßten noch besondere Umstände hinzukommen[2]). Eine Verzeihung wird vorliegen, wenn die Gesellschafter ausdrücklich auf ihr Recht, aus einem bestimmten Grunde die Ausschließung zu verlangen, verzichtet haben. Auch dürfte eine Ausschlußmöglichkeit nicht mehr vorliegen, wenn man dem Gesellschafter längere Zeit hindurch noch die Besorgungen weiter überließ, in denen er einmal versagt hatte, z. B. wenn der Gesellschafter nach Veruntreuungen weiterhin den Schlüssel zum Kassenschrank behält. Für den Fall eines ausdrücklichen Verzichts ist noch zu erwähnen, daß es auch genügt, wenn nur ein Gesellschafter das Verhalten kannte und seinen Verzicht erklärte. Das HGB. schreibt im § 140 zwingend vor, daß der Antrag, einen Gesellschafter auszuschließen, von allen übrigen Gesellschaftern gestellt werden muß. Wenn sich nun ein Gesellschafter durch Verzicht gebunden hat, ist es nicht mehr möglich, einen einstimmigen Antrag aller übrigen Gesellschafter einzureichen. Ein Antrag nach den Vorschriften des § 140 kann also auch dann nicht mehr gestellt werden, wenn der verzichtende Gesellschafter allein die Verfehlungen kannte[3]). Doch ist auch hier nicht ausgeschlossen, daß einmal verziehene Umstände später noch einmal herangezogen werden können, um den betreffenden Gesellschafter zu charakterisieren und so mit anderen Tatbeständen zusammen einen Ausschließungsgrund zu bilden[4]).

Die Klage ist zu erheben bei dem Gericht, das am Wohnort des auszuschließenden Gesellschafters zuständig ist. Da es sich aber in diesen Fällen um Klagen von Mitgliedern einer Gesellschaft handelt, die gerade durch die Mitgliedschaftstellung bedingt sind, kann die Klage auch an dem besonderen Gerichtsstand, dem Sitz der Gesellschaft, also am Orte der Hauptverwaltung erhoben werden[5]).

---

[2]) LZ. 1916 S. 40 Nr. 16.

[3]) Vgl. Staub zu § 140 Anm. 1a; Dür.-Hachenburg zu § 140 Anm. 7; Zoelsch S. 43; RGZ. 51 S. 91.

[4]) RGZ. 51 S. 91.

[5]) Vgl. Dür.-Hachenburg § 140 Anm. 7; Staub zu § 140 Anm. 1a; Lehmann-Ring zu § 133 Anm. 2.

§ 7.

Begründung des Anspruchs.

Zum Erfolg des Ausschlußbegehrens ist gemäß § 140 HGB. erforderlich, daß es durch einen wichtigen Grund gerechtfertigt werde. Zur näheren Charakterisierung des wichtigen Grundes hat das Handelsgesetzbuch von der besonderen Aufzählung des entsprechenden Art. 125 des Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches die Nichterfüllung vertraglicher Pflichten beibehalten. Demnach soll die Gesellschaft vorzeitig gelöst werden können, wenn vorsätzlich oder grobfahrlässig eine wesentliche Vertragspflicht verletzt oder ihre Erfüllung unmöglich gemacht wurde (§ 133 Abs. II HGB.). Die Hauptarten solcher Verletzungen ergeben sich aus dem Zwecke gesellschaftlicher Vereinigungen. Diese Zusammenschlüsse sollen zumeist eine Teilung der Arbeitslast und des Risikos, nicht zuletzt aber auch eine Erhöhung des wirtschaftlichen Könnens durch kapitalmäßige Vereinigung bezwecken. Aus dieser Zweckbestimmung resultieren denn auch die wesentlichsten Verpflichtungen der Gesellschafter.

Bei der Untersuchung aber, ob es sich um wesentliche Verletzung der vertraglichen Pflichten handelt, wie überhaupt bei der Prüfung aller Tatumstände, aus denen ein wichtiger Grund hergeleitet werden soll, ist das Prinzip der fraglichen Gesetzesstelle zu beobachten. Es soll eine Möglichkeit geschaffen werden, starke personenmäßige Bindungen zu lösen. Es sollen sich Menschen trennen können, deren Zusammenschluß auf Grund persönlicher oder sachlicher Mißstände ein unfruchtbarer geworden ist. Immer wenn auf Grund irgendwelcher Umstände den Gesellschaftern das Zusammenarbeiten nicht mehr zugemutet werden kann, will man die Möglichkeit geben, einen Gesellschafter aus der vertraglichen Verkettung zu entlassen, aber trotzdem das Unternehmen zu erhalten. Man wird daher stets über das einzelne Vorkommnis hinaus das ganze Verhältnis der Gesellschafter zueinander betrachten müssen. Was vor und nach der fraglichen Handlung geschah, das soll zusammen verarbeitet werden und als besonderer Komplex im Leben der Gesellschaft betrachtet werden [1]). Es ist auch nicht nur zu fragen, ob eine Verfehlung geschehen ist, sondern ebenso wichtig

---

[1]) Vgl. Dür.-Hachenburg zu § 133 Anm. 3; Staub zu § 133 Anm. 18; Dür.-Hachenburg, Allg. Einleitung S. 239 ff.; RGZ. 24 S. 137; RG. in LZ. 1916 S. 40 Nr. 17; RG. in SächsArch. 9 S. 65.

ist die Beantwortung der Frage, ob diese Verfehlung die Auflösung gerade dieser Gesellschaft nach sich ziehen muß, ob unter den gegebenen Umständen speziell die fraglichen Gesellschafter nicht mehr zusammenarbeiten können.

Es ist jedoch nicht erforderlich, daß der betreffende Gesellschafter die Ausschlußtatsache schuldhafterweise herbeigeführt habe[2]). Einer Handelsgesellschaft genügt die Tatsache; verschiedentlich wird in der Rechtsprechung darauf hingewiesen, daß auch das Verhalten der klägerischen Partei zu prüfen sei und eventuell eine Abwägung der beiderseitigen Vergehungen stattzufinden habe. Die Tatsache allein, daß auch die Antragsteller sich nicht so verhalten haben, wie es der Vertrag von ihnen als Gesellschafter verlangte, steht dem Erfolg der Ausschlußklage nicht prinzipiell entgegen[3]). Bei allem ist aber immer wieder zu sagen, daß im Hinblick auf den poenalen Charakter der Vorschrift und die schweren Folgen, die ausschließlich den Beklagten treffen, nur wirklich schwerwiegende Tatsachen als ausreichend zu betrachten sind. Das Vertrauen muß von Grund auf erschüttert sein[4]). Das Gesetz will die Gesellschaft nur von einem Sozius befreien, der ihr gefährlich wurde oder es werden kann[5]).

Von den vertraglichen Verpflichtungen ist die handgreiflichste ohne Frage die aus der kapitalmäßigen Bindung entspringende Pflicht zur Beitragsleistung. Wird diese Verpflichtung durch ein vorsätzliches Weigern oder sonst in grobfahrlässiger Weise verletzt, so ist der äußere Tatbestand erfüllt. Nicht anders würde es sein, wenn der Gesellschafter seine Pflicht nur mangelhaft erfüllt — an Stelle der geforderten Geldeinlage bringt er einen schlechten Wechsel ein — oder wenn gar die Leistungen unmöglich werden. Diese Unmöglichkeit, vielleicht durch Vermögensverfall verursacht, braucht keineswegs verschuldet zu sein[6]). Es entspricht durchaus dem kaufmännischen Zweck und den dadurch gegebenen wirtschaftlichen Forderungen, sich in solchen Fällen mit dem objektiven Tatbestand zu begnügen[7]). Wie oben schon erwähnt, wird man aber auch in solchen Fällen den Verstoß gegen den Vertrag in seiner Bedeutung gerade für die betroffene Gesellschaft zu

---

[2]) RGZ. 24 S. 137.
[3]) LZ. 1914 S. 1036 Nr. 14.
[4]) RGZ. 24 S. 137 ff.
[5]) JW. 1925 S. 946 Nr. 16; LZ. 1915 S. 1016 Nr. 7.
[6]) ZHR. 7 S. 471.
[7]) Dür.-Hachenburg zu § 133 Anm. 6; Staub zu § 13 Anm. 14, 15; Lehmann-Ring zu § 133 Nr. 4; Bolze 8 Nr. 544; ROHG. 10 S. 436.

werten haben. Das Handelsgesetzbuch bestimmt im § 121 Abs. III, daß ein gewisser Teil des jährlichen Reingewinns nach Köpfen zu verteilen ist. Zahlt also ein Gesellschafter seinen Anteil nicht ein, so würde sich der Fall ergeben, daß er Zinsen vom Kapital fremder Menschen bekäme. Es kann gewiß niemandem zugemutet werden, anzusehen, daß die Erträgnisse seines Kapitals zum Teil anderen zufließen. Ist nun die Nichtzahlung der Einlage auf ein Verschulden zurückzuführen, so wird die Ausschlußklage wohl immer als begründet anzusehen sein. Das kann jedoch nicht so allgemein gelten, wenn das Verschulden fehlt. In einem solchen Falle wird man prüfen müssen zunächst einmal, in welchem Verhältnis die fehlende Einlage zu der Summe der gemachten Einlagen steht; ferner inwieweit der zögernde Gesellschafter an der Arbeit für die Geschäftsführung beteiligt ist. Sollte sich dabei z. B. herausstellen, daß die Einlage nur eine verhältnismäßig geringe Summe ist, und daß der Gesellschafter die Seele des Geschäftes ist, dessen Arbeitskraft den Betrieb trägt, so wird das Begehren nach Ausschluß abzuweisen sein. Das Reichsoberhandelsgericht hat in einem solchen Falle mit Recht geprüft, ob die Einlage zu dem verlangten Zeitpunkt auch unbedingt notwendig war, oder ob sie ohne Schaden für die Gesellschaft auch später hätte eingebracht werden können. Die Verletzung vertraglicher Verpflichtungen wäre in einem solchen Falle keine wesentliche. Man würde nicht sagen können, daß die Fortsetzung der Gesellschaft unter Beibehaltung des Personenbestandes nicht mehr zumutbar sei. Das unverschuldete Nichteinzahlen der Einlage wird also nicht immer den Antrag auf § 140 HGB. genügend begründen können.

Als weiteren Zweck des gesellschaftlichen Zusammenschlusses haben wir die Teilung des Risikos genannt. Man wollte ja, daß die Geschäfte immer durch mehrere Vermögen gedeckt seien, um so selbst geschützt zu sein und das Vertrauen der Geschäftswelt zu den Unternehmungen zu bestärken. Durch den Gesellschaftsvertrag wird also in Wirklichkeit jeder vermögensrechtlichen Betätigung der Teilhaber die große Linie vorgeschrieben. Diese fordert, sich bereitzuhalten, wenn es für die Gesellschaft notwendig wird. Dieser Zweckbestimmung, wie man sagen könnte, darf der Gesellschafter nicht entgegenarbeiten. Er muß darauf achten, daß er bei Vermögensoperationen sowohl für die Gesellschaft als auch bei Transaktionen privater Art nicht dieses „Recht" der Gesellschaft an seinem Vermögen und den Kredit der Offenen Handelsgesellschaft gefährdet. Wenn ein Mitglied der Offenen Handelsgesellschaft durch gewagte spekulative Geschäfte das Vertrauen zu

der Solidität des Geschäftshauses, d.h. also den Kredit gefährdet, kann ihm zwar, will man nicht zum äußersten gehen, die Geschäftsführung entzogen werden. Aber in die Privatgeschäfte kann ein Mehrheitsbeschluß der Gesellschafter nicht eingreifen. Riskiert nun ein Mitglied der Offenen Handelsgesellschaft sein Vermögen durch Börsengeschäfte oder Spiel, so haben die übrigen Gesellschafter ein Interesse daran, sich von ihm zu lösen. Er kann durch seine Leichtfertigkeit den Kredit ins Wanken bringen. Wenn bei allen Geschäften das Risiko de facto nur bei dem anderen liegt, weil das Privatvermögen eines Gesellschafters erschöpft ist, so kann den übrigen nicht zugemutet werden, zuzusehen, daß ihr Sozius auf ihre Gefahr Gewinne einheimst. Auch aus diesem Gesichtspunkt heraus können also rein private Angelegenheiten zu einer Verletzung vertraglicher Verpflichtungen und zu einem Ausschlußgrund werden[8]).

Die Offene Handelsgesellschaft ist ferner ihrer ganzen Struktur nach eine Arbeitsgemeinschaft. Sie ergreift die Arbeitskraft ihrer Mitglieder, die durch den § 114 HGB. zur Mitwirkung bei der Führung der Geschäfte berechtigt und auch verpflichtet sind. Die Erscheinungen des täglichen Lebens zeigen, daß die Mitglieder einer Offenen Handelsgesellschaft zumeist nicht nur mit ihrem ganzen Vermögen, sondern auch mit ihrer ganzen Arbeitskraft an der Gesellschaft interessiert sind. Die Gesellschaft steht im Mittelpunkte ihrer wirtschaftlichen Unternehmungen und alle widmen ihrem Aufschwung die ganze Kraft. Alle sind aber auch dazu verpflichtet, wenn nicht im Gesellschaftsvertrag eine besondere Regelung vorgesehen ist, die nur bestimmten Gesellschaftern die Geschäftsführung übertrug. So ergibt sich für jeden Gesellschafter oder doch für die geschäftsführenden Gesellschafter die Pflicht an der Erreichung des Gesellschaftszweckes mitzuarbeiten. Sie müssen die Arbeiten erledigen, wie es bei einem ordentlich geführten Handelsgeschäft Brauch ist. Läßt es ein Gesellschafter in dieser Beziehung fehlen, so ist ein den Antrag aus § 140 HGB. rechtfertigender Tatbestand zunächst dann gegeben, wenn er die Arbeit verweigert.

Mit der Hergabe des Geldes ist noch kein Geschäft gemacht, es muß die menschliche Tätigkeit hinzukommen, die das Kapital gewinnbringend bewegt. Man kann aber keinem zumuten, für andere zu arbeiten. Dabei ist selbstverständlich, daß es sich um eine

---

[8]) Vgl. Dür.-Hachenburg zu § 133 Anm. 7; RGZ. in LZ. 14 S. 1036 Nr. 14.

der Stellung des betreffenden Gesellschafters und dem Umfang des Unternehmens entsprechende Tätigkeit handeln muß. Das kann auch schon aus dem Worte Geschäftsführung des § 114 HGB. entnommen werden. Man kann also von der Möglichkeit des § 140 HGB. keinen Gebrauch machen wollen, wenn der Mitinhaber eines großen Fabrikunternehmens Buchhalterarbeiten verweigern würde. Natürlich gibt es auch Betriebe, bei denen man diese Tätigkeit als zur Geschäftsführung gehörig bezeichnen kann.

Sodann begründen alle die Fälle den Ausschlußantrag, in denen dem Gesellschafter die Leistung der geforderten Arbeiten unmöglich wird. Im Falle einer längeren Krankheit würde eine Anwendungsmöglichkeit des § 140 HGB. durchaus gegeben sein. Es darf in allen diesen Fällen nicht an ein Verschulden gedacht werden. Gerade bei einer Krankheit kann uns nichts abhalten, die Klagemöglichkeit zu bejahen, wenn nicht das Gefühl, daß eine solche Anwendung außerordentlich hart ist. Aber es wurde schon des öfteren gesagt, daß es der Zweck der Offenen Handelsgesellschaft ist, sich gewerblich zu betätigen. Die Wirtschaft und in diesem Falle auch das Recht müssen sich mit dem rein äußerlichen Geschehen begnügen. Die gleichen Erwägungen greifen Platz, wenn ein Gesellschafter im Kriege der Heerespflicht genügen muß. Es besteht eben in beiden Fällen die Tatsache, daß einer von der Arbeit des anderen zehren würde. Daß gerade im letztgenannten Falle ethische Momente, wie Volksgemeinschaft usw. Platz greifen sollten, liegt auf dem Gebiete der Moral und ist daher gesetzgeberisch nicht zu fassen. Die Tatsachen rechtfertigen den gestellten Antrag, wenn das Gericht die Überzeugung gewinnt, daß die Entbehrung der Arbeitskraft dem anderen nicht mehr zuzumuten ist. Dabei ist natürlich die Dauer der Abwesenheit und die Art der gewöhnlichen Betätigung von ausschlaggebender Bedeutung.

Stets wird auch eine Geisteskrankheit das ausschließende Erkenntnis herbeiführen können. Daran ändert nichts, wenn der Kranke häufig oder fast immer klar zu denken vermag. Es ist auch nicht notwendig, daß eine Entmündigung des Kranken vorausgegangen sei[9]). Niemand wird verlangen wollen, daß die Gesellschafter sich mit der Aussicht bescheiden sollen, entweder für ihn mitzuschaffen und ihm die Geschäftsführung zu entziehen oder ständig ihre ganze Existenz in der Hand eines Kranken zu wissen. Das ist kein ersprießliches Verhältnis mehr, sondern ein Ballast

[9]) Recht 1923 Nr. 10.

für das ganze Unternehmen. Ebenso würde natürlich die Entscheidung lauten, wenn die Entmündigung vorliegt.

Der in den angeführten Fällen bestimmende Grund, nämlich die Unentbehrlichkeit der Arbeitskraft, würde auch Platz greifen, wenn vertragsmäßig eine Gesellschaft mit den Erben fortgesetzt werden soll und es sich dabei um Minderjährige handelt. Die verbleibenden Gesellschafter würden dadurch gezwungen, mit deren Vertretern zu arbeiten. Das widerstrebt aber dem Prinzip der Individualität, oder sie müßten eben für die neu Eintretenden mitarbeiten. Auch die Person des Vertreters könnte eventuell dem Ausschlußbegehren genügender Grund sein[10]). Wenn man nun noch bedenkt, daß die vertraglichen Abmachungen ja auch im Zweifel für den Fall gedacht waren, daß der mündige Erbe in die Gesellschaft eintreten würde, wird man gern sein Einverständnis zu einer solchen Entscheidung geben. Voraussetzung ist natürlich immer wieder, daß gerade im konkreten Fall der Ausschluß notwendig erscheint.

Von besonderen Diensten für die Gesellschaft sei hier die Eidesleistung genannt. Jeder Gesellschafter weiß beim Vertragsschluß, daß er sich an einem Handelsgewerbe beteiligt. Er weiß zudem, daß er als Kaufmann bei der Abwicklung seiner Geschäfte mit verschiedenartigen Schwierigkeiten zu tun haben wird, bei denen er die Tätigkeit der Gerichte in Anspruch nehmen muß. Er mußte damit rechnen, daß er im gegebenen Falle für seine Gesellschaft einen Eid zu leisten habe. Er übernahm die Pflicht dazu, als er mit der Gesellschafterstellung die Geschäftsführung und die Vertretung der Firma übernahm. Er muß diese Verpflichtung erfüllen, wie es einem ordentlichen Kaufmann zukommt. Eine Eidesverweigerung ist daher, abgesehen natürlich von einem sachlich nicht gerechtfertigten Schwur, als Verletzung einer Vertragspflicht zu werten. Aus dem Vorausgeschickten geht hervor, daß man hier nicht von einer Gewissensfrage sprechen kann[11]). Zu erwähnen ist hierbei doch, daß man so weit natürlich nur gehen kann, wenn es sich um einen erkennbar wichtigen und erkennbar gerechtfertigten Eid handelt. Außerdem wird man fordern müssen, daß aus der ganzen Haltung des Gesellschafters zu der Eidesleistung Befürchtungen für die Zukunft gerechtfertigt würden. Nähme man dem Betreffenden die Geschäftsführung, so würde das Ergebnis nur eine Mehrbelastung der übrigen Gesellschafter

[10]) RGZ. 105 S. 376.
[11]) So Bolze 9 Nr. 466.

darstellen. Es handelt sich bei der Eidesleistung um eine Verpflichtung, die jeder ordentliche Kaufmann übernehmen muß. Man muß daher seinen Gesellschaftern zugestehen, sie in Zukunft vor solchen Fällen zu schützen. Niemand kann verlangen, daß sie das Gesellschaftsverhältnis mit einer Persönlichkeit fortsetzen, die sich in schwierigen Lagen interessenlos hinter der Angst vor dem Schwur verkriecht [12]). Weil die Eidesverweigerung als eine Verletzung der Pflichten eines ordentlichen Kaufmanns zu werten ist, wird man sie besonders bei wiederholtem Vorkommen als Ausschlußgrund gelten lassen müssen.

Es wurde schon betont, daß es nicht genügt, daß der Gesellschafter seine Arbeitskraft überhaupt in den Dienst der Gesellschaft stellt. Er muß die übernommenen Pflichten auch so erfüllen, wie man es von einem ordentlichen Kaufmann in seiner Position fordern kann. Dabei kann natürlich für den Ausschluß nicht genügen, wenn er sich leichte Unpünktlichkeiten oder Unregelmäßigkeiten zuschulden kommen läßt [13]).

Es muß auch hier wieder geprüft werden, wie sich diese Nachlässigkeiten auf die Gesellschaft auswirken. Diese Tatsachen begründen den Ausschluß, sobald vielleicht die Angestellten ebenfalls dem schlechten Beispiel folgen und ihren Dienst vernachlässigen, weil sie ohne gehörige Aufsicht sind. Auch die Arbeitsmethode wird einen Ausschluß rechtfertigen können. Es wäre daran zu denken, daß der Mitinhaber eines Fabrikunternehmens, dem die technische Leitung anvertraut ist, nicht von bestimmten Methoden des Fabrikationsprozesses lassen will. Vielleicht daß er mit neuen kostspieligen Ideen experimentiert oder auch vom überkommenen Alten nicht lassen will. Der Schaden für die Gesellschaft steht in beiden Fällen außer Frage. Dazu würde in den meisten Fällen noch kommen, daß diese Arbeitsweise eine große Mißstimmung zwischen den Gesellschaftern herbeiführen wird, so daß ein Zusammenarbeiten nicht mehr zugemutet werden kann. Gleichfalls wird ein ungehöriges Tempo der Arbeit und eine übermäßige Ausnutzung bezahlter Arbeitskräfte und schlechte Behandlung des Personals einen Ausschluß rechtfertigen können [14]). Bei solchem Charakter eines Gesellschafters kann es mit Leichtigkeit dahin kommen, daß die Angestellten häufig kündigen. Ein häufiger Wechsel im Personal lähmt aber

---

[12]) Vgl. § 124 HGB.; §§ 474, 472 ZPO.
[13]) RGZ. 24 S. 137 ff.
[14]) SächsArch. Bd. 19 S. 65.

die Tätigkeit des ganzen Unternehmens. Die übrigen Gesellschafter können daher den Ausschluß verlangen.

Das Ausschlußbegehren ist ebenfalls gerechtfertigt, wenn ein Gesellschafter zu leichtsinnig in der Geschäftsführung ist. Er hat vielleicht Firmen Kredit gegeben, die nicht genügende Sicherheiten bieten konnten. Er versäumte es, Erkundigungen über neue Kundschaft einzuziehen. Hierbei wird ein einmaliges Vorkommen nicht genügen können. Solche Geschäfte müssen häufiger vorgekommen sein. Auch müßte dargetan werden, daß der betreffende Gesellschafter gewöhnlich seine Geschäfte so führe, so daß die gerügten Geschäfte bezeichnend für seine Arbeitsweise geworden seien. Es ist hier nicht notwendig, daß der Gesellschaft bereits Verluste entstanden sind. Die Aussicht darauf genügt vielmehr, um das Zusammenarbeiten mit einem solchen Gesellschafter unerträglich zu machen. Versäumt ein Gesellschafter, wie er es übernommen hatte, die Buchführung und die Aufstellung einer Bilanz, so wird man gleichfalls von einer Ausschlußmöglichkeit reden können; denn die Notwendigkeit einer solchen Tätigkeit für das innere und äußere Leben der Gesellschaft bedarf keiner besonderen Erörterung. Es muß jedoch gesagt werden, daß es nicht genügen kann, wenn Fehler in der Buchführung vorgekommen sind, oder die Bilanz einmal fehlerhaft, verspätet oder überhaupt nicht angefertigt wurde. Der Ausschluß ist ausgeschlossen, wenn für die Versehen und die Verspätung usw. entsprechende Gründe angeführt werden können. Der Fehler muß bezeichnend sein für die ganze Art des Gesellschafters, so daß Besorgnisse für die Zukunft gerechtfertigt sind[15]). Besonders erschwerend wirkt der Fall, daß der Gesellschafter die Pflicht zur Buchführung ausdrücklich im Vertrage übernommen hatte, denn damit übernahm er zugleich die Pflicht, die Gesellschaft vor den gesetzlichen Folgen solcher Unterlassungen zu bewahren[16]).

In all diesen Fällen wäre zwar der Gesellschaft zunächst geholfen, wenn sie dem Schuldigen die Mitwirkung bei der Geschäftsführung entzöge. Aber diese Hilfe ist durchaus unzureichend. Man wird zwar der Gefahr ledig, durch den Gesellschafter geschädigt zu werden, aber dafür ermangelt man auch vollkommen seiner Arbeitskraft. Die anderen Gesellschafter würden noch stärker belastet. So ist immer wieder daran zu denken, daß die Ausschließung vorzüglich dann gegeben ist, wenn

---

[15]) Bauer 8 S. 208.
[16]) ROHG. 20 S. 244.

das Verhältnis in seiner derzeitigen Gestaltung den Beteiligten nicht mehr zugemutet werden kann.

Als fast absolut wirkende Gründe sind die Fälle anzusehen, in denen sich der Gesellschafter Unredlichkeiten in der Geschäftsführung zuschulden kommen ließ. Was immer hier vorgekommen sein mag, Unterschlagungen, passive Bestechung, Mißbrauch des Namens und des Vermögens der Gesellschaft, es ist stets dazu angetan, das Vertrauen zu zerstören, das eine Lebensbedingung für die Offene Handelsgesellschaft ist. Dazu kommt noch die Furcht vor Verlusten, und so wird ein Vertragsverhältnis, wie es der Gesetzgeber gedacht hatte, zur Illusion[17]). Es genügt aber nicht ein objektiver Vermögensmißbrauch. Das Reichsgericht hat vielmehr in einem Falle, wo ein Gesellschafter, der nur an der Arbeitsleistung beteiligt war, in Not geriet, weil er kein Geld bekam und deshalb, um sich zu helfen, Stücke des Gesellschaftsvermögens verpfändete, auf Klageabweisung erkannt, da der Beklagte in gutem Glauben gehandelt hatte[18]). Unter diesem Gesichtspunkt wird es auch zu werten sein, wenn z. B. zwei Gesellschafter ein Geschäft kaufen und einer von ihnen vom Verkäufer eine Provision nimmt. Er hat damit einen Charakter gezeigt, der nicht dazu angetan ist, zur Mitarbeit mit ihm zu ermuntern[19]). Auch das Verschweigen von Schulden, die vor dem Vertragsabschluß bestehen, würden einem Gesellschafter den Anschein des Unredlichen geben[20]).

Arbeitskraft und Kapitalkraft der Gesellschaft werden noch besonders angespannt durch die Bestimmung des § 112 HGB. Es wird hier dem einzelnen Mitglied einer Offenen Handelsgesellschaft die unbeschränkt freie Verfügung über seine Arbeit und sein Geld genommen. Es wird ihm verboten, ohne Einwilligung der Gesellschafter im Geschäftszweig der Gesellschaft als Einzelunternehmer oder als persönlich haftender Gesellschafter tätig zu werden. Eine solche Tätigkeit würde sich ja auch nicht mit der Idee der Offenen Handelsgesellschaft vereinbaren lassen. Es würde eine außerordentliche Rücksichtslosigkeit den anderen Gesellschaftern gegenüber gezeigt werden. Diese aber werden nicht die Früchte ihrer Arbeit mit jemandem teilen wollen, der seine Hauptgeschäfte für sich behält oder sie einer anderen Firma zuwendet. Auch als persönlich haftender Gesellschafter ist er immer als Geschäftsinhaber der Konkurrenz anzusehen und das wollte das Ge-

[17]) ZHR. 2 S. 565.
[18]) Bolze 5 Nr. 244.
[19]) Bolze 7 Nr. 630.
[20]) Bauer 8 S. 208.

setz und der Vertrag vermeiden, die beide an eine familienähnliche Gemeinschaft gedacht haben. Der Gesellschaft sollten im Grunde genommen die wirtschaftlichen Fähigkeiten jedes einzelnen voll und ganz zugute kommen. Wer aber diesem Grundgedanken zuwiderhandelt, wird mit gutem Grund von den übrigen Gesellschaftern aus ihrer Gemeinschaft gestoßen. War der Betreffende allerdings bei seinem Eintritt in die Gesellschaft schon in der genannten Art und Weise tätig, so dürfte dieser Grund meistens entfallen, da man in den meisten Fällen mit der Zustimmung der übrigen Gesellschafter zu rechnen haben wird. Waren die bisher genannten Ausflüsse der Arbeitsgemeinschaft derart, daß ihre Verletzung in erster Linie die Geschäfte berührte, so werden auch Gründe anzuerkennen sein, die zunächst mehr persönlicher Art sind. Das sind alle die Fälle, in denen aus persönlichen Gründen den Gesellschaftern die Zusammenarbeit nicht mehr zuzumuten ist. Immer da, wo irgendwie durch irgendwelche Vorfälle, vielleicht aber auch durch Verschiedenheit der Auffassungen hinsichtlich lebenswichtiger Dinge die Gesellschafter gleichsam durch eine unsichtbare Mauer in zwei Parteien geteilt werden, will das Gesetz die Möglichkeit geben, diesem unerquicklichen Verhältnis ein Ende zu machen. Auf die Dauer würden sich die Folgen auch in geschäftlicher Beziehung zeigen. Man würde scheuen, wie früher längere Verhandlungen miteinander zu führen. Sicherlich aber würde diesen Besprechungen der gleichsam freundschaftliche Charakter fehlen, der doch die große Stärke einer Offenen Handelsgesellschaft sein sollte.

Als solche Tatbestände kommen zunächst die Fälle in Betracht, in denen ein Gesellschafter es im Verkehr mit den anderen an der entsprechenden Form fehlen ließ. Erregte Szenen, in denen Beleidigungen ausgesprochen wurden, sind durchaus geeignet, den Ausschlußantrag zu rechtfertigen. Daß hierzu ein körperlicher Angriff selbstredend ausreichen würde, bedarf keiner näheren Darlegung [21]). Erschwerend wird es in all diesen Fällen wirken, wenn solches in Anwesenheit des Personals geschah [22]). Die Gesellschafter würden ebenfalls berechtigt sein, eine Entscheidung auf Ausschluß zu fordern, wenn sie von einem Kompagnon in der Öffentlichkeit oder in der Geschäftswelt bloßgestellt würden, z. B. wenn dieser verbreiten würde, daß Zahlungen nicht mehr an die Kläger zu leisten wären [23]). In solchen Fällen ist jedoch hervor-

[21]) ROHG. 24 S. 308.
[22]) ROHG. 11 S. 203.
[23]) SächsArch. 9 S. 65.

zuheben, daß hier nicht wie bei der Auflösungsklage das Vorliegen grober Ausfälle allein geprüft werden muß. Bei dem Ausschlußbegehren muß dazu noch verlangt werden, daß der Grund zu diesem das enge Verhältnis unter den Gesellschaftern störenden Umstand in der Person des Beklagten zu suchen ist. Es wird gerade hier von besonderer Wichtigkeit sein, auch das Verhalten der klägerischen Partei zu prüfen, da sich bei Berücksichtigung dieses eine ganz andere Wertung der zur Begründung der Klage angeführten Umstände ergeben kann.

Auch Tatsachen, die gänzlich in der Privatsphäre des einzelnen liegen, können einen Ausschluß herbeiführen. Das gilt bestimmt, wenn ein Gesellschafter wegen Verbrechen oder Vergehen bestraft wurde. Es ist selbstverständlich, daß niemand gern mit einem Vorbestraften Geschäfte macht. Dann aber hat auch jedes Unternehmen das Vertrauen der Geschäftswelt notwendig. Bei dem engen Zusammenschluß der Offenen Handelsgesellschaft ist eine Trennung von Person und Unternehmen ausgeschlossen. Es würde daher stets ein nicht leicht abwendbarer Schatten auf die anderen Gesellschafter fallen.

Ferner wird nicht selten die ganze Lebenshaltung eines Gesellschafters eine Handhabe zu seinem Ausschluß bieten. Besonders wäre hier an ein moralisch nicht einwandfreies Leben zu denken. Mit fast absoluter Wirkung würde ein ehebrecherisches Verhältnis zu der Frau eines Sozius den Ausschlußantrag rechtfertigen [24]). Auch ein unanständiges Benehmen dem Personal gegenüber würde gegebenenfalls genügen, zumal hier speziell hinzukommen würde, daß das Personal angesichts dieser intimen Beziehungen den Respekt vor dem Geschäftsherrn verlieren und im Dienste nachlässiger werden würde [25]). Überhaupt wird es genug Fälle geben, in denen man sagen kann, daß der Lebenswandel eines Gesellschafters, insbesondere sein Umgang es den anderen unerträglich machen kann, häufig mit ihm zusammen zu sein, insbesondere mit ihm in einer engeren Gemeinschaft zu leben. Doch muß gerade in solchen Fällen genauestens geprüft werden, ob die Maßregel angebracht erscheint. Man darf dabei nicht dem Gefühl eines Gesellschafters nachgeben, der vielleicht seinem bedeutend jüngeren Kompagnon ebenso verständnislos gegenübersteht, wie seiner Zeit überhaupt.

Auch im Falle eines Krieges kann ein neuer Ausschlußgrund entstehen. Man wird den Angehörigen des Landes, in dem die

[24]) ROHG. 24 S. 308.
[25]) LZ. 1918 S. 1157 Nr. 7.

Offene Handelsgesellschaft ihren Sitz hat, immer das Recht geben, sich von feindlichen Ausländern zu trennen. Horrwitz[26]) verlangt dieses Recht für alle die Fälle, in denen das Gesetz für wichtige Gründe die Lösung von Vertragspflichten konzediert. Er betont vor allen Dingen, daß es dazu keiner besonderen Ermächtigung bedürfe. Er billigt ohne weiteres den Ausschluß, da durch das Verhältnis der beiden Völker zueinander sich die Verhältnisse, die zum Vertragsabschluß bewogen haben mögen, grundlegend geändert haben. Dagegen hat das Reichsgericht[27]) eine solche Klage abgelehnt, weil es unbillig sei, einen Gesellschafter aus Gründen auszuschließen, an denen er unbeteiligt sei. Es betont hierbei, daß eben der Ausschluß eine Strafe für den betroffenen Gesellschafter sein soll und es nicht anginge, im Fall eines Krieges einen Gesellschafter von allen Vorteilen der Gesellschaft auszuschließen.

Bei der Betrachtung der Gründe, die den Antrag auf eine den Ausschluß aussprechende Entscheidung rechtfertigen sollen, muß dann noch erwähnt werden, daß die Offene Handelsgesellschaft eine Zusammenschließung von Personen war mit dem Zwecke, durch den Betrieb eines Handelsgewerbes Gewinne zu erzielen. Daraus ergibt sich für den Gesellschafter die Pflicht, zumindest nichts gegen die Erreichung dieses Zieles zu tun. Wenn daher ein Gesellschafter, dessen Gesellschaft einen Fabrikbetrieb hat, Patente, die er auf die Verbesserung des Fabrikates hat, an eine Konkurrenzfirma verkaufen wollte, bedeutete das einen Schaden für die Gesellschaft. Er würde selbst die Gewinnmöglichkeit beschränken, ja gegebenenfalls den Bestand des Geschäftes gefährden. Man wird daher in solchen Fällen den Ausschluß zugeben müssen.

Bei allen Begründungen des Ausschlußantrages stellt sich also immer wieder die Frage in den Vordergrund, ob das Vertrauen der Gesellschafter so weit zerrüttet sei, daß ein Zusammenarbeiten in Zukunft unergiebig und nicht mehr zumutbar sei. Dabei ist natürlich zu beachten, daß ein konkreter Tatbestand vielleicht erst in seinen verschiedenen Auswirkungen den Auflösungsgrund bilden kann. Der nicht einwandfreie Lebenswandel eines Gesellschafters gibt vielleicht den übrigen noch nicht das Recht, seinen Ausschluß zu verlangen. Trotzdem wird der Richter denkbarerweise der Klage stattgeben, da sich aus dem Vorbringen des

---

[26]) DJZ. 1914 S. 1334 ff.
[27]) RG. in LZ. 1915 S. 1116 Nr. 7.

Klägers ergeben hat, daß die Lebensführung auch das Vertrauen zu der Solidität des Hauses angreift. Stets wird man auch in der Zusammenfassung einzelner Tatbestände einen ausreichenden Grund finden können[28]).

§ 8.

Das freie Ermessen des Richters.

Ist nun ein Antrag auf Ausschluß eines Gesellschafters ordnungsmäßig begründet worden, so „kann" nach den Worten des Gesetzes die Ausschließung ausgesprochen werden. Diese Fassung des Gesetzes hat Anlaß gegeben zu einem Streit, ob überhaupt und wieweit das richterliche Ermessen in einem solchen Prozeß auf Ausschließung eines Gesellschafters Platz greift. Nach freiem Ermessen soll der Richter entscheiden können, ob ein wichtiger Grund vorliegt. Dabei soll er die Verhältnisse der Gesellschaft in jeder Beziehung prüfen, soll auch Handlungen der übrigen Gesellschafter nicht unberücksichtigt lassen[1]). Nicht ist hierbei davon auszugehen, daß den beklagten Gesellschafter ein Verschulden treffen müsse, obwohl nicht übersehen werden darf, daß in vielen Fällen gerade erst durch das Verschulden die angegebene Tatsachen zu einem wichtigen Grunde werden. Kommt aber nun der Richter auf Grund seiner Überlegungen zu dem Resultat, daß ein Grund vorliege, der die Auflösung gerade der fraglichen Gesellschaft rechtfertigen würde, dann muß er die Ausschließung aussprechen. Hier liegt die Grenze seines Ermessens und hier beginnt das Recht des Klägers.

Es ist unbestritten, daß nach ordnungsmäßiger Erhebung der Klage der Kläger das Recht hat, ein Tätigwerden des Gerichtes überhaupt zu verlangen. Aber damit ist sein Recht noch nicht erschöpft. Es ist ihm vielmehr, wenn der durch das Gesetz charakterisierte Tatbestand vorliegt, ein subjektives öffentliches Recht auf das geforderte, ihm günstige Urteil, mit anderen Worten ein Rechtschutzanspruch zu geben. Dieses Recht richtet sich gegen den Staat, den das Gericht in seiner rechtsprechenden Funktion ver-

---

[28]) Über die Begründung des Antrages vgl. auch: Dür.-Hachenburg zu § 140 Anm. 3 u. 15; Staub zu § 140 Anm. 2; Alexander-Katz in ZHR. 79 S. 180; Denkschrift S. 98 u. 108; Marcus in Holdheim Bd. 21 S. 171.

[1]) RGZ. 24 S. 137 ff.

tritt. Wenn ein wichtiger Grund vorliegt, muß die Ausschließung ausgesprochen werden.

Durch das Gesetz ist das Ermessen des Richters zum Teil noch stärker beschnitten. So erklärt der § 133 HGB., daß ein wichtiger Grund insbesondere vorhanden sei, wenn der Beklagte seine vertraglichen Pflichten wesentlich verletzt hat. Erkennt hier der Richter an, daß eine Verletzung wesentlich ist, so sind alle anderen Überlegungen überflüssig. Er braucht nur noch die geforderte Entscheidung auszusprechen [2]). Das gleiche gilt in allen Fällen, wo durch Vertrag ein Tatbestand zu einem wichtigen Grund gestempelt wurde. Hier erstreckt sich das Ermessen des Richters lediglich darauf, ob dieser Tatbestand rein objektiv betrachtet vorliegt. Hierdurch sind ja auch die Interessen des Beklagten genügend geschützt. Bei der Prüfung nach dem Vorliegen eines wichtigen Grundes ist dem Richter schon Möglichkeit genug gegeben, alle Seiten der Gesellschaft und insbesondere auch alle Interessen der Beteiligten an dem Ausgang des Prozesses genügend zu würdigen.

Die Hauptstütze der Gegenmeinung ist der Wortlaut des Gesetzes. Die Ausschließung des Gesellschafters „kann" ausgesprochen werden, heißt es im § 140 HGB., nicht sie m u ß ausgesprochen werden. Diese Wendung entspricht aber durchaus der Ausdrucksweise des Gesetzgebers für solche Fälle, in denen er nicht nur die Möglichkeit, sondern die Pflicht zu einem bestimmten Urteil geben will. Zur Erläuterung mag hier die Bestimmung des § 1565 BGB. herangezogen werden. Hier steht, daß auf Scheidung geklagt werden kann, wenn sich ein Ehegatte des Ehebruchs schuldig gemacht hat. Diese Regelung will natürlich nicht den Weg öffnen, eine Scheidungsklage einzureichen, sondern sie bedeutet in Verbindung mit § 1564, daß die Scheidung ausgesprochen werden muß. Man würde wohl auch auf seiten derer, die aus wichtigem Grunde nicht die Notwendigkeit eines Ausschlußurteils folgern wollen, entrüstet sein, wenn der Richter sie nicht von einem ehebrecherischen Gatten trennen wollte. Das Gesetz sagt also in seinem § 140 nichts anderes, als daß die Gesellschafter ein Recht auf ein Ausschließungsurteil haben sollen, wenn der Richter nach freiem Ermessen einen wichtigen Grund feststellt. Dies ist auch die in der Literatur durchaus herrschende, vom Reichsgericht allerdings bekämpfte Meinung [3]).

[2]) RGZ. 24 S. 140.

[3]) Vgl. hierzu S t a u b zu § 140 Anm. 3, zu § 133 Anm. 13; D ü r. - H a c h e n b u r g zu § 133 Anm. 12, zu § 140 Anm. 8; L e h m a n n - R i n g

Es ist die durchaus gewohnte Ausdrucksweise zu sagen, daß eine öffentliche Stelle etwas tun kann, wenn man feststellen will, daß sie es bei einem bestimmten Tatbestand tun muß. Wenn man aber im vorliegenden Fall, nachdem der Richter festgestellt hat, daß der Tatbestand, den der Kläger geltend gemacht hat, ein wichtiger Grund in der Person des Beklagten, gerade im Hinblick auf die fragliche Gesellschaft ist, wenn er nach Prüfung aller Nebenfragen zu der Überzeugung kam, daß ein weiteres Verbleiben der Parteien in dem Gesellschaftsverhältnis untunlich ist, ja dem Kläger nicht mehr zumutbar sei, mit anderen Worten, wenn festgestellt wurde, daß der Tatbestand des Gesetzes erfüllt sei, dann muß der Richter das verlangte Urteil sprechen. Die Gegenmeinung ist nahe daran, das richterliche Ermessen über den Sinn des Gesetzes zu stellen. Wenn dem Ermessen eingeräumt wird, was die Meinung der Literatur ihm zuteilt, so geht das bis zur Grenze, bei deren Erreichung nunmehr der Wortlaut des Gesetzes in Funktion treten muß. Das Ermessen, so wie es hier gewollt ist, wird auch ohne Zweifel allen Billigkeitserwägungen gerecht.

Es konnte also bisher festgestellt werden, daß ein Gesellschafter einer Offenen Handelsgesellschaft ausgeschlossen werden kann durch ein konstitutives Urteil, das auf Grund einer von allen übrigen Gesellschaftern erhobenen Klage gefällt wurde, da es durch wichtige Gründe gerechtfertigt war. Das Urteil bedeutet einen fühlbaren Eingriff in das Gesellschaftsleben, der schwerwiegende Rechte und Pflichten und sonstige Änderungen für beide Parteien im Gefolge hat.

---

zu § 133 Nr. 2; Makower zu § 140 Anm. 2b; Zoelsch S. 40 u. 45. Die Gegenmeinung wird vertreten bei Frühsorge S. 43 Anm. 2; Mengering S. 33; RGZ. 24 S. 140, 103 S. 377; RG. in JW. 1884 S. 303 Nr. 21; in JW. 1925 S. 245 Nr. 31.

Zweiter Teil.

Wirkungen des Ausschlußurteils für die Gesellschaft.

§ 9.

Anwachsung des Vermögens.

Die Offene Handelsgesellschaft besteht trotz des Ausscheidens eines Gesellschafters weiter fort. Das findet seine Erklärung aus dem Gesamthandsprinzip heraus. Führt man hier das Bild an, dem das Rechtsprinzip den Namen verdankt, so wird diese Folgerung klar. Löst einer seine Hand aus der Verschlingung mit den anderen, so kann dadurch das Band zwischen den Verbleibenden nicht berührt werden. Wenn ein Gesellschafter aus einer Offenen Handelsgesellschaft ausscheidet, wird dadurch die Gesellschaft nicht in ihrem Bestand gestört. Die Gesamthand als Trägerin eines Komplexes von Rechten hat sich nicht geändert. Sie hat sich zwar verengert, aber das konnte die Institution nicht erschüttern, die sie trägt. Man hat dem Gebäude nur eine Stütze genommen und alle Lasten und Pflichten bleiben die gleichen; nur treffen sie in Zukunft den ausgeschiedenen Gesellschafter nicht mehr. Die Gesellschaft bleibt also trotz des Wechsels im Personenbestand die gleiche[1]).

Die rechtliche Stellung der verbleibenden Gesellschafter erweitert sich in aktiver und passiver Hinsicht. Die sich aus der Mitgliedschaft des Ausgeschiedenen ergebenden Rechte sind alle auf sie übergegangen. Das Handelsgesetzbuch hat keine besondere Regelung getroffen für die Art und Weise dieses Überganges. Es kommen daher die Bestimmungen zur Anwendung, die der Gesetz-

---

[1]) Vgl. Gierke I S. 690 f.; Joerges, ZHR. 49 S. 220; Zoelsch S. 16; Thamm S. 17; Knoke S. 171; Samuelsen S. 225 ff.; Nagler S. 740 ff.; Staub, Exkurs nach § 141 Anm. 3; Dür.-Hachenburg zu § 138 Anm. 7.

geber für einen gleichen Fall bei der bürgerlichen Gesellschaft gegeben hat.

So bestimmt der § 738 BGB., daß der Anteil eines ausgeschiedenen Gesellschafters den übrigen anwächst. Die Stellung des einzelnen Gesellschafters zum Gesellschaftsvermögen ist so zu denken, daß jeder einzelne auf das Ganze berechtigt ist. Doch ist er durch das Vorhandensein der übrigen Gesamthänder beschränkt. Scheidet nun einer von ihnen aus, so bedeutet die Anwachsung im Grunde genommen ja nur den Wegfall einer Beschränkung. Die Gesellschafter bekommen nichts Neues, sondern nur eine größere Macht über die Dinge, die ihnen schon früher gehört haben. Daraus ergibt sich, daß eine besondere Übertragung des Eigentums nicht notwendig ist. Besonders erübrigt sich eine Auflassung, wenn Grundstücke zum Gesellschaftsvermögen gehören. Ebensowenig müssen natürlich Hypotheken und sonstige grundbuchmäßig gesicherten Rechte durch besonderen Akt übertragen werden. Die Auflassung eines Grundstücks würde sich allerdings, da es sich in den Fällen des § 140 häufig wohl um keine freiwilligen Veräußerungen handeln dürfte, erübrigen [2]).

Weil bei dieser Art nur die Rechtszuständigkeit zu einer Sache erweitert wird, kann es sich in diesen Fällen auch nicht um einen Kaufvertrag handeln. Ein solcher Vertrag ist nur dann möglich, wenn man sich zu einer Eigentumsübertragung verpflichten will. Wo eine solche aber nicht möglich ist, entfällt auch die Möglichkeit eines Kaufvertrages. Es wurde schon festgestellt, daß die einzelnen Gesellschafter der Offenen Handelsgesellschaft sich nicht als Miteigentümer gegenüberstehen. So ist auch die geldmäßige Abfindungssumme nicht als ein Kaufpreis, sondern vielmehr als die vertragsmäßige Festsetzung des Entschädigungsanspruches anzusehen, der dem Ausgeschiedenen gesetzlich zusteht [3]).

Nach allem kann also gesagt werden, daß die Formvorschrift des § 313 BGB. nicht in Frage kommt.

---

[2]) Vgl. Gierke, Privatrecht I S. 691 ff.; Dür.-Hachenburg, Allg. Einleitung Anm. 164 zu § 138 Anm. 8; Staub, Anhang zu § 141 Anm. 3; Staudinger zu § 736 Anm. I, 2; Czapski S. 46 ff.; RGZ. 65 S. 227, 68 S. 412, 72 S. 162; OLGRspr. 29 S. 388.

[3]) RGZ. 25 S. 256.

§ 10.

Die Firma.

Zu den Rechten, die sich nunmehr infolge des unveränderten Fortbestehens der Offenen Handelsgesellschaft auf die verbliebenen Gesellschafter konzentrieren, gehört das Recht auf den Namen, das Firmenrecht. Dieser Rechtskomplex bleibt grundsätzlich von dem Ausscheiden eines Gesellschafters der Offenen Handelsgesellschaft unberührt. Das Handelsgesetzbuch bestimmt in § 24, daß die Firma weitergeführt werden darf, wenngleich ein Gesellschafter aus einem Handelsgeschäft ausgeschieden ist. Soll demnach die Firma erhalten bleiben, so ist nur notwendig, daß das Geschäft als solches erhalten bleibt. Man würde gleichfalls so zu entscheiden haben, wenn im Auseinandersetzungsvertrag bestimmt worden wäre, daß dem Ausscheidenden u. a. ein Nebenbetrieb zugesprochen werden sollte. Dann würde dem Hauptbetrieb die Firma verbleiben[1]). Wenn der Name des Ausgeschiedenen nicht den Firmennamen bilden half, ist die Fortführungsbefugnis unstreitig. Es ist dem Ausscheidenden keine Möglichkeit gegeben, sich zu dieser Frage entscheidend zu äußern. Das gilt selbst für den Fall, daß die Gesellschaft nur aus zwei Personen bestand und also nunmehr als Einzelunternehmen fortgesetzt wird. Das Belieben des Nachfolgers wird hier über das Prinzip der Firmenwahrheit gestellt[2]).

Das ändert sich nun laut Bestimmung des 2. Absatzes des § 24 HGB., wenn der Name des Ausscheidenden in der Firma enthalten war. In diesem Falle fordert das Gesetz die Zustimmung des Ausgeschiedenen seiner Erben. Der Name ist noch nicht in der Firma enthalten, wenn dort ein im Vornamen und Familiennamen mit der Namensbezeichnung des Ausgeschiedenen vollkommen übereinstimmender Name vorkommt, wenn es sich z. B. um den gleichlautenden Namen des Vaters des ausscheidenden Gesellschafters handelt. Sicherlich genügt es auch nicht, wenn nur der Familienname mit falschem Vornamen als Firmenbezeichnung gebraucht wurde. Denn in all solchen Fällen ist es ja nicht der Name des Ausgeschiedenen. § 24 Abs. 2 HGB. kommt also nur dann in Anwendung, wenn der Name des Ausgeschiedenen in der

---

[1]) RG. in Holdheim 14 S. 213.

[2]) Vgl. Staub zu § 24 Anm. 3: Opet S. 129; RG. in JW. 1891 S. 473 Nr. 34.

Firmenbezeichnung enthalten ist, gerade weil es der Name des ausgeschiedenen Gesellschafters war.

Es ist also Tatfrage, ob man eine Zustimmung gebraucht[3]). Man wird die Zustimmung des Ausscheidenden oder, falls er durch Tod ausschied, seiner Erben verlangen müssen in allen solchen Fällen, wo der Familienname zusammen mit dem Zusatz „Gebrüder" gewählt wurde. Hier ist der Name als die dem Ausgeschiedenen zukommende Bezeichnung in der Firma enthalten. Die Zustimmung kann bedingt und befristet gegeben werden, besonders auch auf eine bestimmte Zeit oder gewisse Personen beschränkt werden[4]). Aber auch wenn dies nicht ausdrücklich geschehen ist, wird es Fälle geben, in denen der ausgeschiedene Gesellschafter der Weiterveräußerung der Firma widersprechen kann. Dies gilt besonders, wenn es sich etwa um die Veräußerung eines unter der übernommenen Firma gegründeten Zweiggeschäftes handelt. Man wird hier durch Auslegung den wahren Willen des Ausgeschiedenen erforschen müssen[5]). Es kann ja dem ausgeschlossenen Gesellschafter nicht gleichgültig sein, wer unter seinem Namen Geschäfte betreibt. Zumal der Ausgeschiedene im Regelfalle nur an die verbleibenden Gesellschafter gedacht hat, werden diese im Streitfalle Tatsachen dartun müssen, aus denen geschlossen werden könnte, daß die Zustimmung zur Weiterführung der Firma auch die Weiterveräußerung umfassen sollte[6]).

Die Zustimmung steht vollkommen im Belieben des Konsensberechtigten. Wird sie versagt, so dürfen die verbleibenden Gesellschafter die Firma nicht fortführen, auch nicht, wenn sie einen die Nachfolge bezeichnenden Zusatz wählen. Es bleibt ihnen einfach nichts anderes zu tun, als sich eine neue Firma nach den Vorschriften des Handelsgesetzbuches zu wählen[7]).

---

[3]) Vgl. Staub zu § 24 Anm. 2 u. 3; Dür.-Hachenburg zu § 24 Anm. 3; Ehrenberg II, 1 S. 305; Opet, ZHR. 49 S. 129 ff.; Bolze 13 S. 120; Czapski S. 88 ff.; Gruchot 36 S. 1152; RGZ. 65 S. 382; JW. 1891 S. 473 Nr. 24.

[4]) RGZ. 102 S. 23.

[5]) Longard, DJZ. 1912 S. 666.

[6]) Staub zu § 22 Anm. 13; JW. 1908 S. 18 Nr. 23.

[7]) Staub zu § 24 Anm. 3b; Ehrenberg II, 1 S. 300 Anm. 30; Opet, ZHR. 49 S. 131, bes. Anm. 251; RGZ. 5 S. 110; OLG. 16 S. 83. RGZ. 56 S. 320 ff. weist darauf hin, daß die Gesellschafter einer Offenen Handelsgesellschaft das Recht der Firmenführung auch unter sich als Individualrecht anerkennen können. Die Verpflichtungen aus derlei Anerkenntnissen können als Gesellschaftsschuld statuiert werden. Vgl. Dür.-Hachenburg zu § 24 Anm. 3; JW. 1902 S. 186 Nr. 25; Staub § 24 Anm. 6; Bolze 7 Nr. 171.

Es ist erforderlich, daß der Konsensberechtigte seine Zustimmung ausdrücklich gegeben habe (§ 24 Abs. 2 HGB.). Wenn er gegen die Fortführung nicht sofort etwas unternimmt, bedeutet das noch kein Einverständnis. Sonst aber genügt jede Art der Abmachung, aus der der Zustimmungswille mit Sicherheit geschlossen werden kann[8]). Können also von dem Ausgeschiedenen oder seinen Erben irgendwelche Schwierigkeiten nicht gemacht werden, so dürfen die verbleibenden Gesellschafter die Firma unverändert fortführen. Doch wird es anerkannt, daß wenn nur ein Gesellschafter übrigbleibt, dieser der Firma einen die Nachfolge kennzeichnenden Zusatz beifügen darf[9]). In allen Gelegenheiten, wo die Firma weitergeführt werden kann, ist zu beobachten, daß dies immer nur dann geschehen darf, wenn keine Gefahr besteht, daß die Öffentlichkeit irregeleitet werde. Durch das Aussehen einer Offenen Handelsgesellschaft könnte die Geschäftswelt irregeführt werden. Die falsche Firmenbezeichnung könnte der Grund zu erheblichen Schäden werden[10]).

Das Ausscheiden eines Gesellschafters rührt also in keinem Falle auch nur leicht an den Bestand oder die Grundlagen der Offenen Handelsgesellschaft. Der Austritt des Gesellschafters erschöpft sich in Beziehung auf die verbleibenden Gesellschafter zum größten Teil in der Verpflichtung zu einer Reihe von Finanzverschiebungen. Diese Pflichten der Gesellschafter, denen zum Teil auch bestimmte Rechte zur Seite stehen, sollen besser mit den Rechten und Pflichten des ausgeschiedenen Gesellschafters als deren negative bzw. positive Seite betrachtet werden.

---

[8]) SeuffArch. 67 Nr. 42; JW. 1911 S. 594 Nr. 46.

[9]) Staub zu § 24 Anm. 4; Opet, ZHR. 49 S. 132; RGZ. 5 S. 113; KGJ. 13 S. 31; LG. Frankfurt in ZHR. 34 S. 567.

[10]) Staub zu § 24 Anm. 5.

Dritter Teil.

Wirkungen des Ausschlußurteils für den ausgeschlossenen Gesellschafter.

§ 11.

Das Auseinandersetzungsguthaben.

Was nun die Stellung des ausgeschiedenen Gesellschafters der Offenen Handelsgesellschaft angeht, so wurde schon festgestellt, daß er mit Rechtskraft des Urteils aufhört Gesellschafter zu sein. Er verliert also alle Befugnisse, die ihm auf Grund der Zugehörigkeit zu einer Offenen Handelsgesellschaft überhaupt und zu der, von der er sich trennte, im besonderen zustanden. Er hört auf, zur Vertretung der Gesellschaft befugt zu sein und verliert die Möglichkeit, an der Geschäftsführung der Offenen Handelsgesellschaft mitzuwirken. Er verliert auch seine Kaufmannseigenschaft, wenn er nicht auch außerhalb seiner Eigenschaft als Mitglied der Offenen Handelsgesellschaft Kaufmann im Sinne des § 1 des Handelsgesetzbuches war, weil er noch als Einzelunternehmer ein Handelsgewerbe betreibt. Seine Rechte als Offener Handelsgesellschafter sind erloschen.

Auf Forderungen, die ein Gesellschafter außerhalb des Gesellschaftsverhältnisses hat, hat der Ausschluß keinen Einfluß. Die Ansprüche werden im gewöhnlichen Verlauf fällig. Für sie haften die Gesellschaft und die Gesellschafter. Der Ausgeschiedene kann die Forderung bei der Gesellschaft einklagen, denn sein Anteil, mit dem er sein eigner Schuldner war, wurde ihm ja schon bei der Bilanz abgezogen. Hat der Ausgeschiedene Ansprüche für Aufwendungen für die Gesellschaft, so bilden auch diese echte Passiva der Gesellschaft. Diese Forderungen begründen eine Haftung aus § 128 HGB., denn sie sind nicht lediglich auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses entstanden. Auch diese Ansprüche sind übertragbar[1]).

[1]) Makower zu § 128 Anm. II, 3; Dür.-Hachenburg zu § 110 Anm. 11; Czapski S. 72; RGZ. 36 S. 60; siehe aber RGZ. 59 S. 143.

Mit dem Ausschluß eröffnet sich dem Ausgeschiedenen eine Ära neuer Beziehungen zu den verbleibenden Gesellschaftern, deren Grundlage das Gesellschaftsverhältnis bildet[2]).

Die hervorstechendste dieser Berechtigungen des ausgeschiedenen Gesellschafters ist ohne Zweifel sein Recht auf Herausgabe des Auseinandersetzungsguthabens. Auf die Auseinandersetzung finden mangels besonderer Bestimmungen durch das Handelsgesetzbuch die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches Anwendung. Doch ist den Gesellschaftern zuzugestehen, diese Beziehungen selbständig zu regeln. Die Vorschriften über die Auseinandersetzung sind durchaus dispositiver Natur. In derartig interne Angelegenheiten wollte der Gesetzgeber nicht zwingend eingreifen. Er durfte sich auch damit begnügen, hier nur einige große Linien zu zeichnen. Niemand bedurfte hier eines besonderen Schutzes. Das eigene Interesse an der Angelegenheit wird jedem Grund genug zu gesteigerter Aufmerksamkeit sein[3]).

Allerdings wird man der beschränkenden Ansicht Cosacks folgen müssen, der für den ersten Satz des § 738 BGB. die Natur einer zwingenden Vorschrift in Anspruch nimmt[4]). Die Anwachsung des Anteils des ausscheidenden Gesellschafters entspringt dem Prinzip der ungeteilten Mitberechtigung. Die Anwachsung kann begrifflich nicht verhindert werden. Mit dem Ausscheiden fällt sofort die konkurrierende Rechtszuständigkeit des einen Gesellschafters weg. Wenn ihm also im Auseinandersetzungsvertrage Vermögensstücke der Gesellschaft zugesprochen würden, erhält er sie aus dem ausschließlichen Eigentum der verbleibenden Gesellschafter.

Zwingender Natur ist auch die Bestimmung des Handelsgesetzbuches über den Stichtag der Auseinandersetzung. Hier wählte der § 140 Abs. 2 HGB. den Tag der Klageerhebung. Es mußten die verbleibenden Gesellschafter vor allen Dingen davor bewahrt werden, gegen ihren Willen lange Zeit noch mit dem Aus-

---

[2]) Im Gegensatz zu dieser durchaus herrschenden Meinung bestreitet Wieland (S. 718 ff.), daß mit Rechtskraft des Ausschlußurteils der Auszuschließende aufhöre, Gesellschafter zu sein. Erst die Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens und die Erledigung der Abwicklungsgeschäfte sollen diesen Erfolg nach sich ziehen. Im Grunde genommen müsse daher der Ausscheidende Anteil an der Geschäftsführung und Vertretung behalten. Das scheitere aber an der praktischen Durchführung. — Eine Theorie mit praktisch unmöglichen Folgerungen ist aber wertlos. Gegen Wieland vgl. u. a. Staub, Anhang zu § 141 Anm. 22; RGZ. 7 S. 94, 29 S. 425; ROHG. 10 S. 161.

[3]) Vgl. Planck zu § 738; Oertmann zu § 738; Motive Bd. 6 S. 632.

[4]) Cosack, Lehrbuch des BGB. Bd. 2 S. 389 c.

zuschließenden verbunden zu bleiben. Der Gesellschafter könnte ja noch Geschäfte eingehen, an denen er demnächst als Abwicklungsgeschäft noch beteiligt wäre. Diesem, wenn auch geringen Einfluß auf die Gesellschaftssphäre mußte vorgebeugt werden. Es erschien dem Gesetzgeber nicht notwendig, mit der Klageerhebung ein Aufhören der Vertretungsmacht eintreten zu lassen. Man wird zwar zugeben müssen, daß während des Prozesses der Beklagte unter Hintansetzung seines eigenen Vorteils noch zum Schaden der Gesellschaft tätig werden kann. Doch gibt für solche Fälle die Zivilprozeßordnung die Hilfe der einstweiligen Verfügung. Die Entziehung der Vertretungsmacht durch eine einstweilige Verfügung wird immer dann möglich sein, wenn die Klage auf Ausschließung erhoben ist oder doch in nächster Zeit erhoben werden soll [5]).

Es muß hier noch gesagt werden, daß die Bestimmung über den Stichtag der Auseinandersetzung auch dann gilt, wenn es sich um einen Fall des § 142 HGB. handelt. Der Abs. 2 des genannten Paragraphen bringt alle Bestimmungen über das Ausscheiden eines Gesellschafters einer Offenen Handelsgesellschaft auch für den Fall der Geschäftsübernahme zur entsprechenden Anwendung. Der gleiche Stichtag gilt auch, wenn der zur Begründung der Klage angeführte Umstand erst während des Prozesses eingetreten ist [6]). Von diesen Ausnahmen abgesehen ist also die Auseinandersetzung vollständig in das Belieben der Parteien gestellt.

Als Parteien des Auseinandersetzungsvertrages sind zunächst einmal die Offene Handelsgesellschaft und der Ausgeschiedene anzusprechen. Das Auseinandersetzungsguthaben, d. h. der Aktivsaldo für den Ausgeschiedenen gehört zu den Passiven und der Passivsaldo des ehemaligen Gesellschafters zu den Aktiven der Firma. Es ist nun interessant, zu prüfen, ob ein solcher Vertrag immer nur mit der Offenen Handelsgesellschaft unter ihrer Firma abgeschlossen werden kann, oder ob man auch die Gesamtheit der Gesellschafter als Vertragsgegner ansprechen kann. Das ist gleichbedeutend mit der Frage, ob die verbleibenden Gesellschafter der Offenen Handelsgesellschaft nur auf Grund der Vorschriften des § 128 HGB. für das Guthaben haften, oder ob sie auch als direkt Verpflichtete in Anspruch genommen werden können.

Im ersten Falle müßte dann immer erst der betreffende Anspruch im Auseinandersetzungsverfahren festgestellt sein. Das

[5]) Vgl. Kommissionsprotokolle S. 238 u. 242; Mengering S. 43 ff.
[6]) KGJ. 102 S. 243. Wenn ein Grund vorgetragen wird, der erst nach der Klageerhebung entstand, liegt keine unerlaubte Klageänderung vor.

Gesetz bestimmt als Parteien für den Auseinandersetzungsvertrag die Offene Handelsgesellschaft und den ausgeschiedenen Gesellschafter. Um dieser klaren Weisung auszuweichen, verweist Mengering auf den § 105 HGB. Die Vorschriften der bürgerlichen Gesellschaft seien entsprechend anzuwenden. Das Bürgerliche Gesetzbuch aber spräche immer nur von den „Gesellschaftern". Das Wort „die Gesellschaft" sei immer nur des bequemeren Ausdrucks wegen gewählt. Mengering gibt aber zu, daß bei der Konstruktion der bürgerlichen Gesellschaft, die sich nicht selbständig verpflichten kann, dieser Ausdruck allein möglich war. Wenngleich nun, argumentiert er, die Offene Handelsgesellschaft verpflichtet werden könne, so sei damit noch nicht gesagt, daß sie durch jede gemeinschaftliche Handlung der Gesellschafter verpflichtet werden müsse. Deshalb sei dem Prinzip des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechend eine unmittelbare Beteiligung der Gesellschafter der Offenen Handelsgesellschaft mangels entgegenstehender Bestimmungen des Handelsgesetzbuches bei dem Auseinandersetzungsvertrage anzunehmen. Wenn schon zugegeben werden muß, daß die Wendung des Bürgerlichen Gesetzbuches eine logisch notwendige Konsequenz aus der Struktur der bürgerlichen Gesellschaft ist, kann man sich nicht mehr darauf stützen, wenn diese Wendung da gebraucht wird, wo die Notwendigkeit weggefallen ist. Sicher aber können solche Argumente nicht mehr überzeugen, wenn man sich den Wortlaut des § 140 Abs. 2 HGB. vor Augen führt.

Es fehlt jeder Grund, die Ausdrucksweise für eine abgekürzte zu halten. Man darf hier auch ruhigen Herzens die Konsequenz ziehen, daß eine Offene Handelsgesellschaft immer nur so verpflichtet werden kann, daß die einzelnen Gesellschafter erst durch § 128 HGB. verhaftet sind. Die Möglichkeit, daß sich die Gesellschafter in Gesamtheit unmittelbar verpflichten können, so daß die Offene Handelsgesellschaft erst mittelbar hafte, ist nicht notwendig, und so scheint auch dieses Argument nicht geeignet, die Ansicht Mengerings zu stützen[7]).

Der Anspruch des ausgeschiedenen Gesellschafters richtet sich also gegen die Gesellschaft. Die einzelnen Gesellschafter können, wie für jede andere Forderung auf Grund der speziellen Haftungsregeln des § 128 in Anspruch genommen werden. Der Ausgeschiedene ist auch in einem etwaigen Konkurs der Offenen Handels-

---

[7]) Vgl. Mengering S. 46 ff.; Makower zu § 138 Anm. 4a; RGZ. 7 S. 94.

gesellschaft gewöhnlicher Konkursgläubiger[8]). Als Verpflichtung der Offenen Handelsgesellschaft unter der Firma ergreift die Haftung auch sofort jeden neu Eintretenden[9]).

Hat man sich nun aber dafür entschieden, daß die Offene Handelsgesellschaft die einzige Kontrahentin des Auseinandersetzungsvertrages ist, ergibt sich daraus, daß es sich nicht um einen Anspruch aus dem Gesellschaftsverhältnis handelt. Auf der Schuldnerseite steht ja eben die Offene Handelsgesellschaft. Ein Anspruch aus dem Gesellschaftsverhältnis aber würde voraussetzen, daß auf der Schuldner- und Gläubigerseite Kontrahenten des Gesellschaftsvertrages ständen. Um das Verhältnis so zu konstruieren, kann man auch nicht das Auseinandersetzungsguthaben als Schuld der einzelnen Gesellschafter geteilt denken. Es wäre dem Grundgedanken des Gesetzes entgegen. Es ist dadurch, daß das vertragliche Verhältnis in Beziehung auf den Ausgeschiedenen gelöst wurde, nur noch eine Schuld der fortgesetzten Gesellschaft da. Das Verhältnis ist losgelöst von allen gesellschaftlichen Bedenken. Der Aufgabe von geldwerten Rechten steht ein Entschädigungsanspruch gegenüber. Dieses Recht entstand aber erst, als für den Ausgeschiedenen das Gesellschaftsverhältnis erloschen war[10]).

Das Auseinandersetzungsguthaben ist der geldmäßige Ausdruck des Interesses an der Offenen Handelsgesellschaft. Es ist eine Abfindung in Geld. Der Ausscheidende hat keinen Anspruch auf die Herausgabe gewisser Sachen. Daran ändert sich nichts, wenn es sich um Gegenstände handelt, die er als Einlagen der Gesellschaft quo ad sortem überlassen hat. Dadurch könnte ja entgegen dem Willen des Gesetzgebers die Firma in ihrem Bestand gefährdet werden, wenn z. B. der Gesellschafter das Fabrikgrundstück als seine Einlage quo ad sortem zurückverlangen würde[11]).

Die summenmäßige Festsetzung des Auseinandersetzungsguthabens geschieht durch Vertrag aller Beteiligten. Auch der Ausgeschiedene hat hierbei mitzuwirken. Die Auseinandersetzung verlangt natürlich eine umfassende und schwierige Vorbereitungsarbeit. Es wäre unbillig, sie einer einzelnen Partei aufzubürden. Sodann entspricht es aber auch durchaus dem Interesse des Aus-

---

[8]) ROHG. 10 S. 57.
[9]) RG. in LZ. 1917 S. 500 Nr. 1.
[10]) Vgl. Wieland S. 720 Anm. 25; RGZ. 7 S. 95; Dür.-Hachenburg zu § 138 Anm. 9.
[11]) And. Ans. Staub, Anhang zu § 141 Anm. 7. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 517; Czapski S. 20; Litthauer-Mosse § 738 Anm. 4.

geschlossenen, mit dabei zu sein, wenn über das Vermögen beschlossen werden soll, an dem er selbst einmal mitberechtigt war und das er selbst erwerben half und von dem er nun seinen Anteil empfangen soll. Es sollen sich also alle Beteiligten bemühen, den Wert der Vermögensstücke durch Schätzung zu ermitteln[12]).

Läßt sich so die erforderliche Einigung nicht erzielen, so sind Sachverständige hinzuzuziehen. Diese sind auf Antrag einer Partei vom Gericht zu ernennen. Die Kosten tragen die Gesellschafter der Offenen Handelsgesellschaft in der alten Zusammensetzung. Dieser Lehre ist der Vorzug zu geben vor der Meinung, daß in Fällen der Uneinigkeit das Prozeßgericht entscheidet[13]). Dadurch würde man zu tief in die Privatverhältnisse der Beteiligten eingreifen. Der Staat hat kein Interesse daran, in diesen Angelegenheiten mitzuwirken. Er begnügt sich damit, den Uneinigen einen Unparteiischen vorzuschlagen. Erst wenn dann noch kein einheitlicher Beschluß zustande kommt, wird man die richterliche Entscheidung notwendig haben. Meist aber wird wohl die Autorität des Sachverständigen, die ihm seine gerichtliche Ernennung gibt, genügen, um den Vertrag zur Annahme zu bringen[14]).

Man wird zugeben müssen, daß zwischen der Auseinandersetzung bei einem Ausscheiden und dem vom Gesetz erwähnten Falle der gerichtlichen Ernennung von Sachverständigen, nämlich der Liquidation, große Unterschiede sind. Diese ergeben sich schon aus dem Fortbestand der Gesellschaft im ersten Falle. Das Ziel aber, das die Sachverständigen bei der Liquidation erreichen sollen, die ordentliche Verteilung und Bewertung des Vermögens, ist die gleiche. Man wird daher die Bestimmung des § 146 Abs. II HGB. getrost auf die vorliegenden Fälle anwenden können. Die Persönlichkeit eines Sachverständigen kann natürlich bei der dispositiven Natur aller in Frage kommenden Bestimmungen auch schon im Gesellschaftsvertrag bestimmt werden. Auch einen Gesellschafter kann man hierzu wählen[15]).

Regelmäßig wird es dem Ausscheidenden freistehen, bei der Durchsicht der Gesellschaftsbücher und der Bilanz einen Sachver-

---

[12]) Vgl. Staub, Anhang zu § 141 Anm. 6; Czapski S. 20; RGZ. 15 S. 80; RG. in JW. 1886 S. 197 Nr. 19; KG. in KGJ. 43 A S. 101; OLG. Hamburg in OLGRspr. 36 S. 272.

[13]) So Staub, Anhang zu § 141 Anm. 6; Dür.-Hachenburg zu § 138 Anm. 9.

[14]) Vgl. Ritter zu § 138 Anm. 3; Mengering S. 112; Czapski S. 22; RGZ. 15 S. 80.

[15]) ROHG. 16 S. 427.

ständigen zuzuziehen. Dazu ist nicht notwendig, daß er der kaufmännischen Buchführung unkundig sei. Doch muß dabei bedacht werden, daß es im Interesse des Geschäftes tunlichst vermieden werden sollte, Fremden genaue Einsicht in Interna des Betriebes zu verschaffen[16]).

Bei der Auseinandersetzung ist dem Ausgeschiedenen sein Anteil am Gesellschaftsvermögen, also das auszuantworten, was er erhalten würde, wenn die Gesellschaft aufgelöst würde. Zu diesem Zwecke werden die Gesellschafter gemeinsam unter Bewertung der Vermögenslage zur Zeit der Klageerhebung eine Bilanz aufstellen. Dabei wird sich die letzte Bilanz zwecks Ermittlung des Gewinns kaum gebrauchen lassen. Bei den jährlichen Bilanzen geht man davon aus, das Geschäft nicht durch zu große Gewinnentnahmen zu schwächen. Man bildet stille Reserven und nimmt größere Abschreibungen am Inventar vor. Bei der Auseinandersetzungsbilanz soll aber die Berechnung nicht unter diesem Gesichtspunkt fertiggestellt werden. Bei allen Gegenständen soll nicht der Wert angesetzt werden, den die Sachen unter Berücksichtigung der Möglichkeit, sie in Geld umzusetzen, ergeben. Es muß vielmehr der wahre Wert angesetzt werden, den die Gegenstände für die fortgesetzte Gesellschaft haben. So soll versucht werden, den Wert der lebenden Gesellschaft zu erfassen. Nicht die willkürlichen Ansätze der jährlichen Bilanz sollen maßgebend sein, sondern soweit es sich nicht um absolute ziffernmäßig feststehende Werte handelt, soll der Vermögenswert „im Wege der Schätzung ermittelt werden". Mit diesen Worten weist der Gesetzgeber im § 738 Abs. II BGB. darauf hin, daß immer der wahre Wert anzusetzen ist. Hiermit ist aber auch zugleich die einzige Regelung gegeben, die der Billigkeit entspricht.

Es wäre ungerecht, wenn man zugeben wollte, daß dem ausscheidenden Gesellschafter, der mitgeholfen hat, das Geschäft zu errichten, das ganze Inventar und eventuell auch Gebäude vielleicht mit einer Mark angerechnet werden sollten. Es soll ja nun nicht festgestellt werden, ob die Gesellschaft erfolgreich arbeitete, sondern es geht um die Vermögensermittlung. Abschreibungen, auf Grund deren stille Reserven gebildet werden, lassen den Ausscheidenden unberührt. Es ist ihm das Recht gegeben, die ordentlichen Abschreibungen nachzuprüfen. Sind etwa bei einer Maschine jährlich 20% abgeschrieben worden und scheidet der Gesellschafter im sechsten Jahre aus, so kann er verlangen, daß der Wert dieser

[16]) RGZ. 25 S. 88; Staudinger zu § 738 Anm. II, 4.

Maschine geschätzt und in die Bilanz eingesetzt werde. So wird man bei einem Fabrikbetrieb die Fertigwaren auch nicht mit dem Herstellungswert ansetzen dürfen. Für die fortgesetzte Offene Handelsgesellschaft haben sie den höheren Verkaufswert.

Es versteht sich, daß bei der dispositiven Natur aller Rechtssätze, die die Auseinandersetzung betreffen, die Gesellschafter bestimmen können, daß für die Auseinandersetzungsbilanz die letzte Jahresbilanz maßgebend sein soll. Bei solchen Abmachungen werden sich die Gesellschafter auch schon von selbst hüten und keine allzugroßen Abschreibungen zulassen. Der wesentliche Gesichtspunkt bei der Aufstellung dieser Bilanz ist also, daß sie dazu dienen soll, den wahren Bestand des Gesellschaftsvermögens unter besonderer Berücksichtigung gerade des Fortbestehens der Gesellschaft zu prüfen[17]).

Es soll mit anderen Worten der Wert des ganzen Unternehmens erfaßt werden. Wir haben schon oben den Begriff des Unternehmens umrissen und haben gesehen, daß sein Wert durchaus nicht identisch ist mit dem Wert des Geld- und Sachvermögens[18]). Der Wert, den das Geschäft als lebensfähigen Organismus hat, muß geschätzt werden.

Dabei ist natürlich besonders wichtig, ob die fortgesetzte Offene Handelsgesellschaft die alte Firma weiterführen darf. Der Wert des alten Namens, an den sich die Geschäftswelt gewöhnt hatte, der vielleicht auch schon Bezeichnung für ein bestimmtes Fabrikat geworden war, ist außerordentlich groß. Mit einer neuen Firma entsteht in den Augen des Publikums gleichsam ein neues Geschäft und erneut wird es notwendig, einen Kundenkreis zu werben usw. Das alte Unternehmen verliert an Wert für die Offene Handelsgesellschaft. Sodann ist das Netz der Verbindungen zu bewerten, das die Offene Handelsgesellschaft ausgespannt hat. Diese Verbindungen können häufig, wie z. B. bei einer Verkehrsgesellschaft, den Hauptwert eines Unternehmens darstellen. Persönliche Beziehungen, selbst wenn sie dem Unternehmen nützlich wären, können nicht in diese Berechnungen einbezogen werden.

Es muß ferner die Lage des Geschäftslokals und der durch sie bedingte Aufschwung angesetzt werden. Auch die Erschließung

[17]) Vgl. Dür.-Hachenburg, Allg. Einl. Anm. 290 ff. zu § 138 Anm. 10a; Staub, Anhang zu § 141 Anm. 5; Staudinger zu § 738 Anm. 4; Czapski S. 37; Warneyer ErgBd. 1909 Nr. 138; RG. in JW. 1899 S. 395 Nr. 8, 1902 S. 590 Nr. 14, 1899 S. 395 Nr. 8; RG. in LZ. 1909 S. 229 Nr. 4, 1917 S. 732 Nr. 10; RG. in Bolze 3 Nr. 778; RG. im Recht 1919 Nr. 1406; OLG. Hamburg in OLGRspr. 19 S. 313; RGZ. 105 S. 132.

[18]) Vgl. Literaturnachweise zu § 2.

eines Geländes durch Straßenbau oder Eisenbahn darf nicht unberücksichtigt bleiben. Die innere Organisation, das geschulte Personal, kurz alles, was dazu beitragen kann, dem Unternehmen seine wirtschaftliche Kraft zu geben, muß berücksichtigt werden und als zur Berechnung des Wertes des Unternehmens in der Auseinandersetzungsbilanz erscheinen.

Natürlich ist bei der Abschätzung des Unternehmens auch alles anzusetzen, was den Wert mindern kann. Große Anschaffungen neuer Maschinen, die erforderlich sind, um den Betrieb zu modernisieren, durch irgendwelche Umstände geforderte Betriebsumstellungen sind geeignet, den Wert eines Unternehmens bedeutend zu vermindern. Auch das Ausscheiden des Gesellschafters selbst kann einen ungünstigen Eindruck auf den Kundenkreis machen.

Es muß auch geprüft werden, ob der Hauptartikel des Geschäftes vielleicht eine Modesache war und der Markt nun gesättigt ist. Die schlechten Aussichten eines Geschäftes können aber den Wert des Unternehmens nicht unter den Nullpunkt bringen. Auf diese Weise würde man den Ausscheidenden an der Möglichkeit zukünftiger Verluste teilnehmen lassen. Der ideelle Wert des Unternehmens kann also immer als selbständiger Posten in der Auseinandersetzungsbilanz erscheinen [19]).

Es muß jedoch gesagt werden, daß es hauptsächlich darauf ankommt, den Ausscheidenden an diesen Werten teilnehmen zu lassen. Dies kann auch so geschehen, daß mit Rücksicht auf den ideellen Wert des Unternehmens die einzelnen Vermögensstücke höher angesetzt werden. Wenn man die Vermögensstücke zum wahren Wert ansetzt, so hat man damit aber das Unternehmen noch nicht mitbewertet. Überhaupt wird diese Art ihrer schwierigen Durchführung wegen nicht zu empfehlen sein [20]).

Neben den bisher erwähnten tatsächlichen Chancen sind noch die Vorteile zu beachten, die in vertraglichen Bindungen liegen. Dabei ist an langfristige Verträge zu denken, z. B. mit Agenturen und Exporthäusern. Es könnte auch ein Recht zur alleinigen Transportbesorgung in Frage kommen. Sehr wichtig ist aber auch,

---

[19]) In diesem Punkte herrscht Einigkeit, vgl. Dür.-Hachenburg § 138 Anm. 1; Staudinger zu § 738 Anm. 4; Staub, Anhang zu § 141 Anm. 5; Czapski S. 40; Pisko, Unternehmen S. 75 ff.; Warn. ErgBd. 1909 Nr. 138; RG. in LZ. 1909 S. 229 Nr. 4; LZ. 1913 S. 539 Nr. 4; RGZ. 94 S. 108, 106 S. 128; OLG. Hamburg in OLGRspr. 19 S. 313.

[20]) Dür.-Hachenburg zu § 138 Anm. 11; RG. in LZ. 1909 S. 229 Nr. 4.

besonders in neuerer Zeit, in welchem Verhältnis der Betrieb zu anderen Betrieben und wie er zu den großen Organisationen der betreffenden Branche steht. Wie weit ein Betrieb durch die Bestimmungen eines Syndikats oder Kartells gefördert oder aber auch eingeschränkt werden kann, ist ein wesentlicher Faktor bei der Bewertung des Unternehmens. Auch Interessengemeinschaften und Verträge über Patentaustausch können von ausschlaggebender Bedeutung sein. Die Auswertung all solcher Verträge ist aber kein schwebendes Geschäft im Sinne des § 740 BGB. Denn mit dem Abschluß des Vertrages ist ja noch nichts zur Erzielung eines konkreten Gewinnes getan. Es ist immer erst der Abschluß des einzelnen Geschäftes erforderlich. Gerade das trennt aber all diese Geschäfte auf Grund eines Vertragsverhältnisses von den schwebenden Geschäften, deren Kriterium es ist, daß zu ihrer Vollendung keine neuen Operationen mehr notwendig sind [21]).

Die vorstehenden Überlegungen zeigten, daß man dem ausscheidenden Gesellschafter nicht die Früchte seiner Arbeit rauben will. Der wirtschaftliche Wert des Unternehmens, den er schaffen half, soll nicht nur den anderen Gesellschaftern zugute kommen. Das Geschäft besteht ohne ihn weiter. Die übrigen Gesellschafter haben Gelegenheit, alle Chancen des Gewinnes wahrzunehmen. Vielleicht beginnt auch erst bald nach dem Ausschluß die Zeit, wo die Arbeit Früchte trägt. Der ausscheidende Gesellschafter ist für die entschwindende Gewinnchance zu entschädigen [22]).

Ein anderer wichtiger Punkt für die Festsetzung des Auseinandersetzungsguthabens ist die Bewertung von Außenständen der Firma. Die Außenstände sind wie bei jeder Bilanz mit ihrem wahren Wert anzusetzen. Die Aussichten auf ihren Eingang sind dabei bestimmend. Eine Anrechnung zum Nennwert kann der Ausscheidende auch dann nicht verlangen, wenn er gleichzeitig eine Garantie anbietet. Eine nachträgliche Berichtigung der Bilanz findet nicht statt, wenn eine zum Nennwert angesetzte Forderung, die jeder ordentliche Kaufmann für sicher halten durfte, nachträglich ausfällt oder mit Erfolg bestritten wird [23]). Ebensowenig tritt aber auch im Gegenfalle, wenn also eine Forderung wider Er-

---

[21]) Dür.-Hachenburg § 138 Anm. 12; RGZ. 70 S. 283.

[22]) Dür.-Hachenburg zu § 138 Anm. 11; Czapski S. 41; Warneyer ErgBd. 1909 Nr. 138; RGZ. 24 S. 106, 94 S. 106; ReichsabgOrdn. § 138.

[23]) Jedoch ist für den Fall, daß der Ausfall darauf zurückzuführen war, daß der ausgeschiedene Gesellschafter fahrlässigerweise an einen unsicheren Kunden verkaufte, der Gesellschaft einen Schadenersatzanspruch zuzusprechen.

warten voll eingetrieben werden kann, eine Veränderung der Bilanz ein. Es ist auch möglich, durch Buchung bestimmter Posten auf der Passivseite den wahren Wert der Forderungen herauszuschälen. Aus solchen Buchungen kann der Ausscheidende einen Vorteil immer nur dann herleiten, wenn er nachweisen kann, daß die Gegenbuchungen die notwendigen Beträge überschritten haben[24]).

Von den nach solchen Richtlinien aufgestellten Aktiven sind die Passiven der Gesellschaft in Abzug zu bringen. Dabei ist zu beachten, daß aus allen Umständen, aus denen der Ausgeschiedene eine Höherbewertung ableiten kann, auch ein Nachteil für ihn erwachsen kann. Ist so nunmehr das Vermögen der Gesellschaft errechnet worden, fragt es sich, unter welchem Gesichtspunkt man den Anteil des Ausgeschiedenen bestimmen will. Der Anteil ist ja überhaupt nur für den Fall der Auseinandersetzung berechenbar.

Über die Verteilung mag kurz vorausgeschickt werden, daß dem Ausgeschiedenen sein Kapitalanteil und ein Teil des sich ergebenden buchmäßigen Gewinnes auszuzahlen ist. Der Gewinn läßt sich errechnen durch Subtraktion der Summe aller Kapitalanteile von dem errechneten Vermögen. Aus der sich so ergebenden Summe kann jedoch das Erforderliche genommen werden, um den Verlust des laufenden Jahres und die Bedürfnisse hinsichtlich der Kapitaldividende zu decken[25]).

Die Kapitalanteile werden berechnet wie bei jeder Jahresbilanz. Grundlegend sind die Einlagen bzw. die Summen, mit denen Dienstleistungen, Patente usw. beim Vertragsschluß veranlagt wurden. Dazu kommen die Erhöhungen durch zugeschriebenen Gewinn, oder Minderungen durch entnommene Kapitaldividende oder Verlustabschreibungen. Ergibt sich nach dem Abzug der Kapitalanteile ein Gewinn, so ist auch dieser zur Verteilung zu bringen. Hierbei kann jedoch nicht das Verhältnis der Kapitalanteile maßgebend sein. Man denke nur an den Fall, daß eine Einlage nicht gemacht wurde und als Äquivalent für Dienste eine Gewinnbeteiligung versprochen wurde. Ähnlich würde der Fall liegen, wenn ein Gesellschafter gezwungen war, stets Gelder abzuheben und so sein Kapitalanteil durch eventuelle Verlustjahre gleich Null geworden war. Man kann unmöglich wollen, daß in solchen Fällen der Ausgeschiedene leer ausgeht. Die Verteilung richtet sich vielmehr nach der Beteiligung am Gewinn. So wird

---

[24]) Vgl. Dür.-Hachenburg § 138 Anm. 11; RGZ. 68 S. 1; OLG. Hamburg in OLGRspr. 2 S. 248; OLG. München in OLGRspr. 28 S. 344.

[25]) Dür.-Hachenburg zu § 138 Anm. 10.

immer eine Verteilung herauskommen, die sowohl einer kapitalmäßigen als einer arbeitsmäßigen Beteiligung an der Offenen Handelsgesellschaft gerecht wird [26]).

Die Forderung des ausscheidenden Gesellschafters ist eine Forderung auf Geld. Es kann jedoch auch die Lieferung bestimmter Stücke aus dem Gesellschaftsvermögen vereinbart werden. Wählt man diese Art der Abfindung, so muß beachtet werden, daß der Ausgeschiedene keinerlei Rechte mehr an der Substanz der Vermögensstücke hat, da das Gesellschaftsverhältnis zu Ende ist. Fällt also die Offene Handelsgesellschaft in Konkurs, so hat er ein Aussonderungsrecht nur dann, wenn ihm schon durch besonderen Akt das Eigentum übertragen war [27]).

§ 12.

Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens.

Die Forderung des Ausgeschiedenen wird sofort mit der Abrechnung fällig; denn ein besonderer Termin wird im Gesetz nicht genannt. Es muß jedoch daran gedacht werden, daß der Ausschluß und die damit verbundene Pflicht zur Zahlung des Auseinandersetzungsguthabens nicht die Auflösung der Gesellschaft nach sich ziehen darf, die das Gesetz verhindern wollte. Man wird sagen können, daß Treu und Glauben den Gläubiger hindern, sein Guthaben sofort einzuziehen. Im Streitfalle wird die Zahlungsfrist immer mit der Kapitalkraft der Gesellschaft korrespondieren müssen. Es können vertraglich bestimmte Zahlungsmodalitäten vereinbart werden, wie Stundungen, Ratenzahlungen, Übernahme als Darlehen usw. Meistens werden solche Abreden zum Schutz der bleibenden Gesellschafter getroffen werden. Es steht ihnen daher frei, das Kapital früher auszuzahlen. Weisen aber etwa hohe Zinsen oder weitere Beteiligung am Gewinn darauf hin, daß hier auch ein finanzielles Interesse des Ausgeschiedenen mitspielte, so muß natürlich der vertragliche Termin eingehalten werden.

Wurde dem Ausgeschiedenen weiterhin eine Beteiligung am Reingewinn zugesprochen, so ist ihm im Normalfalle, d. h. mangels entgegenstehender vertraglicher Abmachungen, das Recht auf

---

[26]) Vgl. Dür.-Hachenburg zu § 138 Anm. 10; Staub zu § 141 Anhang Anm. 5.

[27]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 517; Czapski S. 49; Jaeger, Konkurs der Off. Handelsgesellschaft S. 97.

Einsicht in die Bilanz zuzusprechen. Wurde dieses Recht vertraglich ausgeschlossen, so ist es ihm nur dann einzuräumen, wenn Umstände dargelegt werden, die den Verdacht rechtfertigen, daß die verbleibenden Gesellschafter falsche Angaben gemacht haben. Andernfalls ist für ihn das Endergebnis der Bilanz maßgebend. Vertraglich wird immer eine Einsicht in die Bilanz und die Geschäftsführung eingeführt werden können. Es handelt sich hier um eine streng persönliche Befugnis und es ginge nicht an, sie etwa durch einen Vertreter ausüben zu lassen [1]).

Es fragt sich nun, ob die Liquidation der Offenen Handelsgesellschaft irgendeinen Einfluß auf die Abmachungen betreffs Zahlungsfrist hat. Die Bestimmungen sind getroffen worden, um den verbleibenden Gesellschaftern die Fortführung ihrer Geschäfte nicht zu erschweren. Dieses Interesse ist mit dem Eintritt der Liquidation nicht weggefallen. Auch jetzt noch würde die plötzliche Auszahlung einer großen Summe empfindliche Verluste für die Gesellschafter nach sich ziehen können. Man würde vielleicht nicht Zeit genug haben, die Geschäfte gebührend abwickeln zu können und irgendwelche Dispositionen und Konjunkturen auszunutzen. Vor allem aber würde man gezwungen sein, den Verkauf irgendwelcher Vermögensstücke überhastet vorzunehmen. Wäre eine solche Regelung wirtschaftlich wohl untragbar, so wird sie auch begrifflich nicht gefordert.

Während des Liquidationsstadiums sollen die laufenden Geschäfte der Gesellschaft beendigt werden. Aus dieser Zweckbestimmung und der ganzen Institution der Liquidation ergibt sich nirgendwo die Notwendigkeit, im oben genannten Sinne auf die Fälligkeit der Forderungen einzuwirken. Zur Abwicklung der laufenden Geschäfte wird es eben auch gehören, die fälligen Raten des Auseinandersetzungsguthabens abzuführen [2]).

Der Auseinandersetzungsvertrag ist als ein Handelsgeschäft aufzufassen. Das Guthaben ist deshalb dem Ausgeschiedenen vom Tage der Fälligkeit ab zu verzinsen [3]).

Für die Verjährung der Forderung auf das Auseinandersetzungsguthaben kommt zunächst die allgemeine Verjährungsfrist des Bürgerlichen Gesetzbuchs von 30 Jahren in Frage (§ 195 BGB.). Während dieser Zeit kann die Forderung mit Erfolg gegen die

---

[1]) Dür.-Hachenburg zu § 138 Anm. 14; Staub, Anhang zu § 141 Anm. 9.

[2]) Mengering S. 118; RGZ. 9 S. 14. And. Ans. ROHG. 10 S. 63.

[3]) Dür.-Hachenburg zu § 138 Anm. 15, zu § 343 Anm. 3; Mengering S. 120.

Offene Handelsgesellschaft geltend gemacht werden. Ist innerhalb dieses Zeitraumes die Gesellschaft aufgelöst worden, so besteht zunächst die Haftung ihrer Mitglieder fort. Hier tritt Verjährung 5 Jahre nach der Auflösung ein gemäß der Bestimmung des § 159 HGB. Dieser Paragraph kann hier angewendet werden, weil es sich ja nicht um einen Anspruch der Gesellschafter unter sich, sondern um das Begehren eines Dritten handelt[4]).

Die Berechnung des Auseinandersetzungsguthabens kann auch angefochten werden. Eine Handhabe hierfür bieten die allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches, also die §§ 119 und 123. In diesem Falle müßte der Ausgeschiedene dartun, daß ihm Passiven angerechnet worden seien, die in Wirklichkeit nicht vorhanden waren, woraus er eine Anfechtung wegen Irrtums ableiten könnte. Oder er müßte beweisen, daß er die bindende Erklärung unter dem Einfluß einer Täuschung oder Drohung abgegeben habe. Dabei ist jedoch zu beachten, daß eventuell die Bewertung einzelner Posten nicht angefochten werden kann. Hat man nämlich die Auseinandersetzungssumme nicht so gedacht, daß sie eine Summe von Einzelposten darstellt, sondern hat man eine einheitliche Summe festgestellt, so kann diese nur noch wie ein Vergleich angefochten werden. Eine Anfechtung kann sich auch nicht darauf stützen, daß z. B. Forderungen wider Erwarten eingehen[5]) [6]).

Der Ausgeschiedene kann für die pünktliche Auszahlung seines Guthabens keine Sicherheit verlangen. Seine Forderung unterscheidet sich ja nicht von den Rechten anderer Gläubiger. Sie wird daher auch nur gesichert sein, wenn es vertraglich vereinbart wurde. Soll nun zwar der ausgeschiedene Gesellschafter nicht besser gestellt sein als ein anderer Gläubiger, so will man ihm gewiß auch keine schlechtere Stellung geben. Es ist ihm daher ein Zurückbehaltungsrecht an den Sachen der Gesellschaft bis zur Erledigung der Abfindungsforderung zuzubilligen. Zwar ist wahr, daß durch dieses Zurückbehaltungsrecht die Offene Handelsgesellschaft in ihrer Verfügungsbefugnis beschränkt wird. Möglich sind auch die Fälle, wo ein solches Recht auf den Betrieb und den Kredit der Gesellschaft ungünstig wirken kann. Aber diese Wir-

---

[4]) Mengering S. 121.

[5]) Vgl. Staub, Anhang zu § 141 Anm. 8; Czapski S. 57 ff.; RG. in LZ. 1912 S. 312 Nr. 20; RGZ. 68 S. 1; OLGRspr. 36 S. 272.

[6]) Es ist jedoch möglich, daß der Ausgeschiedene in solchen Fällen einen Anspruch aus unerlaubter Handlung oder ungerechtfertigter Bereicherung ableiten kann.

kungen zeigt jedes Zurückbehaltungsrecht. Daher besteht hier kein Widerspruch mit dem Willen des Gesetzgebers, den Gesellschaftern die ungestörte Fortführung der Geschäfte zu ermöglichen [7]).

§ 13.

Beteiligung an schwebenden Geschäften.

Da die ganze Regelung der Auseinandersetzung von dem Gedanken beherrscht ist, dem Auszuschließenden nicht mehr als nötig die Früchte seiner Arbeit zu nehmen, so bestimmte der Gesetzgeber im § 740 BGB., daß der Ausgeschiedene noch am Gewinn und naturgemäß auch am Verlust eines schwebenden Geschäftes beteiligt sein soll. Als solche Geschäfte sind nun nicht alle Abschlüsse auf Grund bestehender Verträge anzusehen. Solche Bindungen kommen ja dem Ausscheidenden schon bei der Berechnung des Wertes des Unternehmens zunutze. Es muß sich vielmehr um Einzeldispositionen handeln. Diese Einzelgeschäfte müssen abgeschlossen sein oder doch auf Grund von Vorbereitungshandlungen kurz vor dem Abschluß stehen. Es gehören hierher Verkäufe, deren Lieferung erfolgt, die Ausführung großer Bauten usw.

Wenn nun der ausgeschiedene Gesellschafter am Ausfall dieser Geschäfte beteiligt sein soll, so darf man nicht an eine Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses denken. Der Ausgeschiedene hat aufgehört, Gesellschafter zu sein in dem Augenblick, in dem das Ausschließungsurteil rechtskräftig wurde. Man sollte hier auch nicht an eine Fiktion der Fortdauer des Gesellschaftsverhältnisses denken. Der Ausgeschiedene hat hier vielmehr eine Stellung, die mit seinem früherem Verhältnis zur Gesellschaft nichts mehr zu tun hat. Er ist nur am Ausgang des Geschäftes beteiligt, genießt also keine Rechte, die die Gesellschafter vertraglich nicht jedem Dritten einräumen könnten. Hierdurch wird auch seine Stellung zu den einzelnen Geschäften bezeichnet.

Er hat keinen Einfluß mehr auf sie. Er ist nicht mehr berechtigt, an der Geschäftsführung teilzunehmen und seine Handlungen sind für die Offene Handelsgesellschaft bedeutungslos. Um-

---

[7]) Vgl. Dür.-Hachenburg, Allg. Einl. Anm. 291; Staudinger zu § 738 Anm. II, 2; RGRKomm. zu § 737 Anm. 6; Planck, Komm. zu § 738; Oertmann zu § 738; Litthauer-Mosse zu § 738 Anm. 6; Czapski S. 61; Windscheid-Kipp S. 408 Anm. 8; And. Ans. Staub, Anhang zu § 141 Anm. 8; OLG. Stuttgart 6 S. 446; DJZ. 1902 S. 276.

gekehrt aber wird auch er von den Handlungen der Offenen Handelsgesellschaft nicht mehr berührt. Die verbleibenden Gesellschafter sind zu seiner Vertretung nicht mehr berechtigt. Ihre Abschlüsse verpflichten ihn nicht mehr. Er ist lediglich im inneren Verhältnis an dem Ausgang der betreffenden Transaktion interessiert. Dafür muß er aber auch die Gesellschafter handeln lassen, wie sie es wollen. Der ausgeschiedene Handelsgesellschafter hat nicht etwa ein Einspruchsrecht. Auch seine Kontrollrechte hat er mit seiner Gesellschafterstellung natürlich verloren. Er muß das Geschäft so hinnehmen, wie es den verbleibenden Gesellschaftern am günstigsten erscheint.

Es gibt keinen Anspruch auf eine schnelle Erledigung des betreffenden Geschäftes. Es ist vielmehr als Bestandteil der ganzen Fortführung der Gesellschaft zu werten und wird daher auch in einem entsprechenden Rahmen erledigt. Es ist nicht angängig, daß der Ausgeschiedene an dem ganzen Gewinn oder Verlust der schwebenden Geschäfte unter Berücksichtigung aller anderen Operationen des betreffenden Geschäftsjahres beteiligt werde. Das würde für ihn ja bedeuten, daß er das Risiko für alle Unternehmungen des laufenden Jahres mitzutragen hätte. Ist demnach das Abwicklungsgeschäft lediglich als ein Vorgang in der allgemeinen Geschäftsführung zu werten, so ergibt sich daraus, daß die Auszahlung des Gewinnes nach der Erledigung des einzelnen Geschäftes nur verlangt werden kann, wenn der Gewinn ohne Rechnungslegung berechnet werden kann. Sonst kann der Ausgeschiedene erst am Schluß eines Geschäftsjahres Rechenschaft über die Abwicklung dieser Geschäfte und die Auszahlung eines sich eventuell ergebenden Guthabens verlangen.

Diese Rechnungslegung kann natürlich dadurch erfolgen, daß man dem Ausgeschiedenen Einsicht in die Geschäftsbücher und die Korrespondenz gewährt. Da er aber nun nicht mehr Gesellschafter ist, sondern der Offenen Handelsgesellschaft als fremder Dritter gegenübersteht, so hat er kein Recht darauf, daß die Rechnungslegung in dieser Art und Weise geschieht. Er hat sich vielmehr mit jeder anderen von den Gesellschaftern gewählten ausreichenden Weise zu begnügen, die den Erfordernissen des § 259 BGB. entspricht. Es liegt durchaus im Interesse der Offenen Handelsgesellschaft, ihre Vermögensverhältnisse und ihre Geschäftspraxis vor Fremden zu verheimlichen [1]).

[1]) Vgl. Staudinger zu § 740 Anm. 3; ROHG. 25 S. 344; RGZ. 15 S. 80; Staub, Anhang zu § 141 Anm. 28. Die hier als abweichend zitierte Entscheidung des Kammergerichts in OLGRspr. 27 S. 133 bezieht sich jedoch

Was die noch nicht erledigten Geschäfte angeht, so hat der Ausgeschiedene kein Recht auf Rechenschaft. Er kann nur verlangen, über den Verlauf orientiert zu werden. Der Ausgeschiedene muß also die Geschäftsführung der verbliebenen Gesellschafter anerkennen. Er soll aber ihren Dispositionen nur so weit unterworfen sein, als sie das Ergebnis einer vernünftigen Überlegung sind. Die Gesellschafter müssen dem Ausgeschiedenen für bösen Willen und Willkür einstehen. Sie haben die Geschäfte sorgfältig zu führen und ihnen die genügende Beachtung zu schenken wie allen anderen Angelegenheiten, die sie ausschließlich angehen. Sie haften also für diligentia quam in suis [2]).

Was die Höhe des eventuellen Guthabens betrifft, ergibt sich aus dem schon Gesagten, daß das Geschäft an den Generalunkosten teilzunehmen hat. Es steht dem Ausgeschiedenen nicht mehr zu, als er unter gleichen Bedingungen als Mitglied der Offenen Handelsgesellschaft erhalten würde. Da aber die Gesellschafter bei der Führung der Geschäfte zugleich für ihren eigenen Vorteil arbeiten, dürfen sie eine besondere Vergütung für ihre Tätigkeit nicht abziehen [3]). Für die Auszahlung des eventuellen Guthabens haften Gesellschaft und Gesellschafter. Auch hier sind anderweitige Abreden erlaubt, die besonders dahingehend getroffen werden können, daß der Ausscheidende auf die Beteiligung am Gewinn verzichtet oder auch gegen eine allgemeine Abfindungssumme seine Rechte aufgibt [4]).

§ 14.

Herausgabe von Sachen.

Neben den reinen Geldforderungen hat der Ausgeschiedene einen Anspruch auf Herausgabe aller Sachen, die er der Offenen

---

nur auf den Fall der Büchereinsicht zwecks Feststellung des Auseinandersetzungsguthabens und kann für unseren Fall nicht angezogen werden. Das Erkenntnis ist für den behandelten Tatbestand richtig. Man wird gegebenenfalls aus § 810 BGB. vorgehen können (Czapski S. 69). Mengering erkennt dieses Recht an bis zur Schikane (S. 129).

[2]) Staudinger zu § 740 Anm. 1; Czapski S. 67.

[3]) Staub, Anhang zu § 141 Anm. 27; Czapski S. 28.

[4]) Vgl. über Beteiligung an Abwicklungsgeschäften Staub, Anhang zu § 141 Anm. 22/30; Dür.-Hachenburg, Allg. Einl. Anm. 292/294; Staudinger zu § 740; Lehmann, ZHR. 79 S. 59; Wieland S. 718; Mengering S. 122 ff.; Goldschmidt, ZHR. 29 S. 377; ROHG. 24 S. 346; RGZ. 15 S. 81, 56 S. 16; RG. in JW. 1902 S. 445 Nr. 10; OLGRspr. 28 S. 368.

Handelsgesellschaft zum Gebrauch überlassen hatte. Es handelt sich dabei um Sachen, die durch die Überlassung nicht in das Eigentum der Gesellschaft übergegangen sind. Scheidet nun der Gesellschafter aus, so gibt ihm der § 738 BGB. das Recht zu einer persönlichen Klage, dem Stücke nach die Herausgabe zu verlangen. Es ist dabei nicht erforderlich, daß er der Eigentümer der fraglichen Gegenstände sei. Das Gesetz bestimmt lediglich, daß Sachen, die er der Gesellschaft zur Benutzung überließ, dem Ausscheidenden auszuliefern sind. Die Vorschrift bezieht sich also nicht nur auf das Eigentum des Ausgeschiedenen. Gehört die Sache jedoch einem Dritten und stand dem Ausgeschiedenen eine dingliche Berechtigung zu, so ist ihm auch die Möglichkeit einer dinglichen Klage einzuräumen, deren er ja auch in Anbetracht der Ansprüche des Eigentümers dringend bedarf [1]).

Die Gefahr für die quoad usum Einlage trägt der Ausgeschiedene. Die Gesellschaft haftet nur für ein Verschulden. Es wird aber häufig vorkommen, daß die Gesellschaft eine Garantie für die Sache übernimmt. In diesem Falle steigert sich die Haftungspflicht. Die Gesellschaft hat auch für einen zufälligen Untergang einzutreten. War bei der Übergabe der Wert des Gegenstandes durch Schätzung festgelegt worden, ergibt sich daraus noch keine Garantie für eine Wiederablieferung in demselben Werte. Es gibt genügend andere Zwecke, denen diese Schätzung dienen sollte, z. B. der Bewertung der Überlassung für die Gewinnbeteiligung. Die Gesellschafter haften also bei vertragsmäßigem Gebrauch für diligentia quam in suis. Wird der Gegenstand jedoch außerhalb des Gesellschaftlichen benutzt, z. B. das Auto zu einer Vergnügungsfahrt, so hat der Betreffende für jede Fahrlässigkeit einzutreten.

Für die Rückgabe der Sachen haften die Gesellschaft und auch die Gesellschafter (§ 128 HGB., § 431 BGB.). Ohne nähere Abreden wird der Anspruch sofort fällig. Dabei handelt es sich jedoch nicht um eine Leistung, deren Bewirkung kalendermäßig festgelegt war. Daher ist eine ordentliche Mahnung notwendig, um Rechte aus Verzug ableiten zu können. Nach Treu und Glauben darf auch hier die Ausantwortung so lange verzögert werden, bis sich ein Ersatz gefunden hat. Die Wartezeit beendigt sich von selbst, wenn die Bemühungen um Ersatz verschleppt werden. Wichtig ist die Erlaubnis zur Verzögerung auch für all die Fälle, in denen der Ausgeschiedene die Sache überlassen hatte, um Sicher-

[1]) Czapski S. 14; Mengering S. 80.

heiten für Kredite zu stellen. Hier wird er warten müssen, bis die Gegenstände im ordentlichen Geschäftsgang ausgelöst werden können. Auch hier gilt das ungeschriebene Gesetz, daß die finanziellen Schwierigkeiten nicht die Fortführung des Unternehmens hindern sollen.

Hatte die Gesellschaft mit dem ausscheidenden Gesellschafter einen Mietvertrag über die Gegenstände geschlossen, so bleibt dieses Verhältnis weiter bestehen. Etwas anderes gilt nur, wenn besondere Abmachungen oder die Begleitumstände ergeben, daß die Zugehörigkeit zu der Offenen Handelsgesellschaft gleichsam als Bedingung für die Gültigkeit des Mietvertrages zu werten ist.

Bei Rechtsgeschäften mit der Gesellschaft hat jeder Gesellschafter die Stellung eines Dritten. Solche Abschlüsse bleiben daher von Veränderungen im Personenbestand unberührt. Sie endigen normal durch Ablauf der Zeit oder durch ordnungsmäßige Kündigung. In allen Fällen, wo es sich nicht um körperliche Gegenstände, also z. B. um die Ausnutzung von Patenten handelt, ist ein besonderer Akt der Rückgabe nicht notwendig. Die Ausbeutungsrechte, wohl immer und natürlicherweise nur für die Zeit der Zugehörigkeit gegeben, fallen sofort an den Ausscheidenden zurück. Alle Verfügungen, die die Gesellschafter in Ausbeutung ihrer Nutzungsrechte getroffen haben, bleiben bestehen. Das Recht des Ausgeschiedenen wird erst durchführbar, wenn die Dispositionen der Gesellschaft im ordentlichen Geschäftsgang abgewickelt sind.

Die Gläubiger der Gesellschaft können die Rückgabe der Gegenstände nicht verhindern. Sie sind weder berechtigt, noch dürften sie interessiert sein, hier zu opponieren. Ihre Stellung verändert sich in keinem Falle. Sie hatten nie die Möglichkeit, sich auf Grund eines Titels gegen die Gesellschaft aus diesen Gegenständen zu befriedigen. Die Sachen gehörten nicht zum Gesellschaftsvermögen. Soweit aber eine persönliche Haftung des Gesellschafters in Frage kommen würde, unterliegt die Sache ja weiterhin ihrem Zugriff.

Häufig werden auch Gegenstände in die Gesellschaft eingebracht mit der Abmachung, daß die Sachen mit Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses zurückfallen sollen. Bei solcher Abrede hat die Offene Handelsgesellschaft das Eigentum an den Gegenständen erworben. Bei Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses bedarf es eines besonderen Übereignungsaktes. Da es sich um Stücke des Gesellschaftsvermögens handelt, unterliegen sie naturgemäß auch dem Zugriff der Gesellschaftsgläubiger. Bei derartigen

Rechtsverhältnissen trägt die Gesellschaft die Gefahr des Unterganges, wie sie eben jeder Eigentümer trägt. Der Ausgeschiedene kann den Ersatz des Wertes zur Zeit der Übergabe verlangen. Seine Ersatzansprüche, auch für den Untergang von Rechten, richten sich gegen die Gesellschaft. Gegen einen etwa schuldigen geschäftsführenden Gesellschafter kann der Ausgeschiedene keine Ansprüche erheben. Die Gesellschaft war Eigentümerin der Gegenstände. Der Ausgeschiedene hat lediglich ein obligatorisches Recht gegen die Gesellschaft. Eine Obligation aber schafft nur Bindungen zwischen den Parteien; das Recht des Ausgeschiedenen ist demnach kein sonstiges Recht im Sinne des § 823 BGB. [2]).

Zum Schluß dieser Überlegungen mag noch gesagt werden, daß für Vorteile, die die Gesellschaft aus der Nutzung der Sachen zog, irgendein Ersatz nicht verlangt werden kann (§ 733 Abs. II BGB.). Es hätte ja dann der Ausgeschiedene doppelten Vorteil. Die Nutzungen aus den Gegenständen haben ja den Gewinn der Offenen Handelsgesellschaft und so auch seinen Anteil am Gewinn gesteigert.

§ 15.

Abtretung des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben.

Alles, was nun der Ausgeschiedene anläßlich seines Ausscheidens verlangen kann, seine Rechte auf das Abfindungsguthaben, aus der Beteiligung an den schwebenden Geschäften und auf Rückgabe der zum Gebrauch überlassenen Sachen, kann abgetreten werden. Was der ausgeschiedene Gesellschafter hier zu fordern hat, ist ja gleichbedeutend mit dem, was er bei der Auflösung der Gesellschaft erhalten würde. Diesen Anspruch hat das Gesetz durch die Bestimmung des § 717 Satz 2 BGB. der freien Verfügungsbefugnis der Gesellschafter unterstellt. Es handelt sich hier um die Forderung eines Dritten. Es kann dabei der Gesellschaft gleichgültig sein, ob sie die Gelder an den Ausgeschiedenen oder seinen Rechtsnachfolger abführt.

Als übertragbares Recht unterliegt es auch der Pfändung. Die Übertragung geht aber einer späteren Pfändung gemäß § 135 BGB. immer vor, wenngleich nicht geleugnet werden kann, daß hiermit eine Handhabe gegeben ist, die Befriedigung der Gläubiger aus

---

[2]) Czapski S. 19; Dür.-Hachenburg, Allg. Einleitung Anm. 254.

diesen Werten zu vereiteln. Die Abtretung dieser Ansprüche bedarf keiner besonderen Form, da sie gewöhnliche Geldforderungen darstellen. Etwas anders gilt nur, wenn die Bestimmungen der §§ 311, 313, letzterer wenn etwa ein Grundstück unter der Bedingung der Rückgewähr überlassen wurde, Platz greifen. Dann ist eine gerichtliche oder notarielle Beurkundung notwendig [1]).

Die Abtretungsbefugnis umfaßt nicht alle Rechte, die ihren Grund in der früheren Gesellschafterstellung des Ausgeschiedenen haben. Sie umfaßt nicht die Hilfsrechte, die er hat, um die Errechnung des Auseinandersetzungsguthabens bewirken zu können. Der Rechtsnachfolger ist ausgeschlossen von der Einsicht in die Bücher und Kenntnisnahme von Bilanzen. Er hat kein Recht darauf, über schwebende Geschäfte orientiert zu werden. Der ausgeschiedene Gesellschafter kann der Offenen Handelsgesellschaft einen neuen Gläubiger gegenüberstellen. Es widerspräche aber dem Prinzip der Individualität, wollte man zugeben, daß hier ein fremder Mensch in die Vertrauenssphäre der Gesellschaft geschoben werden könnte [2]). Der Dritte soll sein Recht erst geltend machen können, wenn es von dem Gesellschaftsverhältnis losgelöst ist. Er wird so vor allem darauf warten müssen, daß die verbliebenen Gesellschafter die Summe feststellen. Er hat keinerlei Gelegenheit, die Dinge auch nur zu beschleunigen. Bei etwaigen Verlusten kann er sich an den Vorgänger wenden [3]).

§ 16.

Der Passivsaldo.

Den bisher erläuterten Forderungsrechten auf einen Überschuß, der sich bei der Auseinandersetzungsbilanz oder bei der Abrechnung über schwebende Geschäfte errechnen läßt, entspricht auf der anderen Seite die Pflicht, zur Ausgleichung eines sich etwa ergebenden Passivsaldos, bzw. bei den Abwicklungsgeschäften die Teilnahme an der Verlustquote. Es ist dies eine reine Geldschuld.

---

[1]) Vgl. Jaeger, Konkurs der Off. HG. S. 97; Staub, Anhang zu § 141 Anm. 7; RGZ. 18 S. 43; RG. im Recht 1905 Nr. 835; Czapski S. 50.

[2]) Vgl. Staub, Anhang zu § 141 Anm. 7, zu § 109 Anm. 14; Dür.-Hachenburg, Allg. Einl. Anm. 290, 293; Oertmann zu § 717 Anm. 3b; Czapski S. 52; Warneyer ErgBd. 1920 Nr. 10; RGZ. 52 S. 35, 90 S. 19, 92 S. 401; RG. in JW. 1902 S. 397 Nr. 31; RG. in JW. 1917 S. 539 Nr. 7, 1919 S. 501; RG. im Recht 1903 Nr. 425, 1919 Nr. 1174.

[3]) RGZ. Bd. 90 S. 19; OLGRspr. 24 S. 131.

Sie kann auch im Konkurse des Ausgeschiedenen geltend gemacht werden. Der Ausgeschiedene kann auch mit einer Forderung an die Gesellschaft aufrechnen. Er kann aber nicht die Zahlung einer Verbindlichkeit verweigern mit dem Hinweis, man möge den Betrag von seinem noch nicht fälligen Abfindungsguthaben aus Abwicklungsgeschäften abziehen. Gläubiger dieses Anspruchs ist die Gesellschaft. Die Gesellschaft hat bis zur Ausgleichung des Saldos ein Rückbehaltungsrecht an den zum Gebrauch überlassenen Sachen[1]).

Die Teilnahme an den Fehlbeträgen bestimmt sich nach den geltenden Abmachungen über die Teilnahme am Verlust überhaupt. Es gilt hier, was oben über die Teilnahme am Überschuß gesagt wurde. Da es sich hier um keinen Anspruch im Sinne des § 159 handelt, kommen die allgemeinen Verjährungsfristen des Bürgerlichen Gesetzbuchs — 30 Jahre — in Frage. Seinem Rechte, Gegenstände von der Gesellschaft zurückzuverlangen, die er ihr zur Benutzung überließ, korrespondiert auf der anderen Seite die Pflicht zur Herausgabe aller Gegenstände, die ihm zur besonderen Verwaltung übergeben waren. Doch trifft dies natürlich nur da zu, wo dem ausgeschiedenen Gesellschafter die Gegenstände gerade auf Grund seiner Gesellschafterstellung überlassen wurden. Geschah demnach die Übertragung unabhängig von dem Vertragsverhältnis, so ist auch hier der natürliche Ablauf abzuwarten, zum Beispiel wenn ein Gesellschafter, der als Einzelunternehmer ein Bankgeschäft betreibt, die Verwaltung der Wertpapiere übernommen hatte.

§ 17.

Schuldbefreiung.

Scheidet ein Gesellschafter einer Offenen Handelsgesellschaft aus, so muß er alle Vorteile seiner Gesellschafterstellung und damit auch den Anteil an ihrem Vermögen aufgeben. Im Innenverhältnis hat er nichts mehr mit den Gesellschaftern zu tun. Anders ist jedoch seine Stellung zu den Gläubigern der Gesellschaft. Aus der Haftung für die Gesellschaftsschulden kann man nicht ausscheiden. Eine solche Möglichkeit würde unberechenbare Folgen nach sich ziehen können. Der ausgeschiedene Gesellschafter ist also weiterhin mit seinem ganzen Vermögen den Zugriffen der

[1]) Vgl. Staub, Anhang zu § 141 Anm. 18—20; Dür.-Hachenburg, Allg. Einl. Anm. 292; Staudinger zu § 739; Oertmann zu § 739; Wieland S. 561 u. 720; Czapski S. 62; Mengering S. 150; ROHG. 24 S. 48.

Gesellschaftsgläubiger ausgesetzt. Bei dieser Regelung würde es nun wieder dazu kommen können, daß der Ausscheidende doppelt mit den Verbindlichkeiten belastet würde. Wir haben schon gesehen, daß die Schulden der Gesellschaft bei der Auseinandersetzungsbilanz auf der Passivseite erscheinen.

Um diese Unbilligkeiten zu vermeiden, bestimmte der Gesetzgeber im § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB., daß die verbleibenden Gesellschafter die Pflicht haben, den Ausscheidenden von den gemeinsamen Schulden zu befreien. Es wird nicht gesagt, wie das geschehen soll, sondern die Art der Schuldbefreiung wird richtigerweise den verbleibenden Gesellschaftern überlassen. Der sicherste Weg wäre es, die Verbindlichkeiten zu erfüllen, im Normalfalle sie also durch Zahlung oder Hingabe an Zahlungs Statt zum Erlöschen zu bringen. In den Fällen des § 372, also bei Verzug des Gläubigers oder bei schuldloser Unkenntnis hinsichtlich der Person des Gläubigers würde auch die Hinterlegung des Betrages genügen. Ebenso ist ein Erlaßvertrag oder ein Anerkenntnis des Gläubigers, daß die Verbindlichkeit nicht mehr bestehe, ausreichend.

Es genügt aber auch, wenn diese Verträge im Hinblick auf den Ausgeschiedenen geschlossen werden (§§ 397, 423 BGB.). Das Gesetz will den Ausscheidenden vor dem Gläubigerzugriff bewahren. Dazu ist aber nicht notwendig, daß die Verbindlichkeiten überhaupt erloschen sein müßten. Wenn also der Gläubiger auf seine Rechte gegenüber dem Ausgeschiedenen verzichtet, ist der Vorschrift des § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB. genuggetan. Dabei braucht man noch nicht einmal zu verlangen, daß dem Ausscheidenden gegenüber die Forderung vollkommen zum Erlöschen gebracht wird. Das gleiche Ziel kann schon erreicht werden, wenn der Gläubiger sich verpflichtet, die Forderung nicht gegen den Ausgeschiedenen einzuklagen. Dagegen braucht sich der Ausgeschiedene nicht zufrieden zu geben, wenn sich die verbleibenden Gesellschafter verpflichten, die Schuld des Ausscheidenden zu übernehmen. Eine solche Abmachung würde nur für das Verhältnis zwischen den Parteien von Bedeutung sein. Bei einem solchen Vertrag ist vielmehr die Genehmigung des Gläubigers notwendig (§ 415 BGB.). Der Anspruch auf Befreiung von den gemeinsamen Schulden ist ein klagbarer Anspruch, für den sowohl die Gesellschaft, als auch die Gesellschafter verpflichtet sind[1]).

[1]) Vgl. Staudinger zu § 738 Nr. 3; Staub, Anhang zu § 141 Anm. 10; Dür.-Hachenburg, Allg. Einl. Anm. 289 bb; Czapski S. 24; Mengering S. 86; Lehmann, ZHR. 79 S. 57; RGZ. 11 S. 130, 21 S. 130.

Diese Regeln gelten auch dann, wenn sich bei der Errechnung des Auseinandersetzungsguthabens ein Passivsaldo für den Ausgeschiedenen ergeben hat. Ein Schutz der verbleibenden Gesellschafter verlangt hier keine andere Regelung. Sie haften allemal für die Schulden, und als Äquivalent für die nunmehr fehlende Mithaftung des Ausgeschiedenen haben sie ja den klagbaren Anspruch auf Zahlung des Passivsaldos. Es soll vermieden werden, daß der Ausgeschiedene doppelt mit den Passiven der Gesellschaft belastet wird. Deshalb muß der Ausgeschiedene auch trotz Passivsaldo von den Verpflichtungen der Gesellschaft befreit werden[2]).

Ein Zusammenhang zwischen den beiden Rechten aber besteht insofern, als die Erfüllung des einen Anspruchs von der des anderen abhängig gemacht werden kann. Beide Ansprüche sind Zug um Zug zu erfüllen, sofern nicht etwa die Gesellschaft ihr Guthaben gestundet hat (§ 273 BGB.)[3]). Der ausscheidende Gesellschafter kann jedoch nicht verlangen, von Verbindlichkeiten befreit zu werden, die sich aus schwebenden Geschäften ergeben können. An diesem Ergebnis soll er teilnehmen, wie wenn er noch Gesellschafter wäre. Er hat seinen Anteil am Gewinn zu verlangen und kann sich daher auch nicht der Teilnahme am Verlust entziehen[4]).

Handelt es sich um noch nicht fällige Verbindlichkeiten, so kann der Ausscheidende Sicherheit verlangen (§ 738 Abs. 1 Satz 3 BGB.). Diese Vorschrift soll eine Erleichterung für die Gesellschafter sein. Sie sind demnach nicht verpflichtet, Sicherheit zu leisten, sondern ihre primäre Verpflichtung geht noch auf Schuldbefreiung. Nur weil es eventuell sehr hart für sie sein würde, den Ausgeschiedenen von noch nicht fälligen Verbindlichkeiten zu befreien, gab man die Möglichkeit der Sicherheitsleistung als eine facultas alternativa. Aber nur die Befreiung kann das Verhältnis zwischen den Gesellschaftern und dem Ausgeschiedenen zum Erlöschen bringen[5]).

Wie die nichtfälligen Forderungen werden hinsichtlich der Sicherheitsleistung auch die bedingten behandelt. Es ist hier ein Fall gegeben, wo mit Wirkung von einem bestimmten Tage an

---

[2]) Vgl. Staub, Anhang zu § 141 Anm. 11 u. 18; Staudinger zu § 739 Anm. I, 2; Czapski S. 62.

[3]) Dür.-Hachenburg, Allg. Einl. Anm. 289 bb; Staudinger zu § 239 Anm. I, 2; Mengering S. 152 Anm. 1.

[4]) Lehmann, ZHR. 79 S. 62; Czapski S. 65.

[5]) Staub, Anhang zu § 141 Anm. 10; Dür.-Hachenburg, Allg. Einl. Anm. 289 b; Mengering S. 96; Czapski S. 24.

endgültige Klarheit über den Stand eines Vermögens geschaffen werden soll. Das gleiche will man ja auch bei der Eröffnung eines Konkursverfahrens erreichen. Für den Fall eines Konkurses aber wird bestimmt, daß auflösend bedingte Forderungen wie unbedingte Forderungen geltend gemacht werden können und daß für aufschiebend bedingte Ansprüche nur Sicherheit verlangt werden kann. Für aufschiebend bedingte Forderungen kann aber nicht immer Sicherheit verlangt werden. Man wird sich für solche Fälle dem Reichsgerichtsrätekommentar anschließen, der die Meinung vertritt, daß eine Sicherheitsleistung nur dann in Frage komme, wenn alle Umstände darauf schließen lassen, daß die Bedingung in nächster Zeit eintreten wird [6]).

Die Sicherheitsleistung hat im Grunde genommen den Zweck, die Gesellschafter anzuhalten, ihre Verbindlichkeiten pünktlichst zu regeln. Es wäre daher unbillig, wollte man sich bei aufschiebend bedingten Verpflichtungen stets Sicherheit geben lassen. Man würde die Gesellschaft zwingen, auf unabsehbar lange Zeit vielleicht ganz zwecklos Geld oder Geldeswert dem Geschäftsbetrieb zu entziehen und ungenutzt zu hinterlegen. Bei aufschiebend bedingten Verpflichtungen wird sich daher der Ausgeschiedene mit seinem Regreßanspruch bei eventueller Inanspruchnahme bescheiden müssen [7]).

Umstritten ist die Frage der Sicherheitsleistungen bei streitigen Schuldverhältnissen. Das Gesetz nennt im § 738 nur die noch nicht fälligen. Wenn es einige Paragraphen früher noch von fälligen und streitigen Verpflichtungen sprach (§ 733 BGB.), so darf man daraus nicht folgern, daß auch im § 738 die streitigen Verbindlichkeiten mitgemeint wären. Man darf dem Gesetzgeber diese Bequemlichkeit nicht zutrauen. Im Gegenteil liegt Grund genug vor, das Gegenteil anzunehmen. Es entspricht nämlich der Ausdrucksweise des Gesetzes, diese beiden Arten von Forderungen, noch nicht fällige und streitige, stets besonders zu nennen (vgl. die §§ 733, 1476 und 2046 BGB.). Diese Vergleiche ergeben demnach die Absicht des Gesetzgebers, die Bestimmung des § 738 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht auf streitige Schuldverhältnisse auszudehnen [8]). Mengering [9]) unterscheidet hier nach dem

---

[6]) Zu § 738 Anm. 4.

[7]) RGRKomm. zu § 138 Anm. 4. And. M. Staudinger zu § 738 Anm. II, 3; Czapski S. 27; Dür.-Hachenburg Allg. Einl. Anm. 289 bb.

[8]) Vgl. Staudinger zu § 738 Anm. II, 3; Planck zu § 738 Anm. 2 b; Dür.-Hachenburg, Allg. Einl. Anm. 289.

[9]) Mengering S. 100.

inneren Verhältnis zwischen dem ausgeschiedenen und den verbliebenen Gesellschaftern. Eine Sicherheitsleistung bei streitigen Verbindlichkeiten anerkennt er dann, wenn sie in der Auseinandersetzungsbilanz auf der Passivseite erscheinen und dort als noch nicht fällige Schulden bezeichnet werden. Stehen sie dort als fällige Forderungen, genügt eine Sicherheitsleistung nicht mehr. Wenn man aber die Forderung nicht auf der Passivseite angeführt habe, so entfalle mit der Möglichkeit der Doppelbelastung der Grund zu dieser Gesetzesbestimmung. Es gäbe dann keinen Anspruch auf Befreiung.

Dabei wird jedoch übersehen, daß die Vorbeugung einer Doppelbelastung durchaus nicht der einzige Grund zum Erlaß dieser Bestimmungen war. Es sollten vielmehr endgültige Verhältnisse geschaffen werden. Auch wollte man dem Ausgeschiedenen, dem man alle Vorteile seiner Stellung als Gesellschafter genommen hatte, nicht die Nachteile belassen. Die Begründung der Behauptungen Mengerings schlägt nicht durch, zumal ja eine Doppelbelastung immer nur für den Anteil an der Verpflichtung in Frage kommt, wogegen die Haftung gegenüber den Gläubigern die ganze Forderung erfaßt.

Wird trotz allem ein ausgeschiedener Gesellschafter in Anspruch genommen, so hat er ein Regreßrecht gegen die Gesellschafter. Für diesen Regreßanspruch haften die Gesellschafter der Offenen Handelsgesellschaft auch mit ihrem persönlichen Vermögen. Bestand für den ausgeschiedenen Gesellschafter ein Passivsaldo, so können die wechselseitigen Ansprüche aufgerechnet werden. Unangenehm werden die Verhältnisse für den ausgeschiedenen Gesellschafter, wenn die Gesellschaft in Konkurs gerät. Hatte der Gläubiger die Summe schon von ihm gefordert, so ist er gewöhnlicher Konkursgläubiger. Hat der ausgeschiedene Gesellschafter jedoch den Gläubiger noch nicht bezahlt, so ist sein Anspruch gegen die Gesellschaft noch nicht fällig. Er kann ihn daher als Konkursforderung anmelden, aber nur Sicherheitsleistung beanspruchen, da seine Forderung durch Zahlung an den betreffenden Gläubiger suspensiv bedingt ist. Hat aber der Gläubiger seine Forderung im Konkursverfahren angemeldet, entfällt damit für den Ausgeschiedenen die Möglichkeit, seinen Regreßanspruch anzumelden. Im anderen Falle wäre ja die Forderung doppelt angemeldet. Denn trotzdem ja die Ansprüche des Gläubigers und des ausgeschiedenen Gesellschafters eine durchaus verschiedene Grundlage haben, sind sie für den Hauptschuldner identisch.

Wenn daher der Gläubiger seine Konkursdividende erhalten hat, so ist diese Forderung und damit auch der Regreßanspruch für die Konkursmasse erledigt. Solange also der Anspruch des Gläubigers nicht voll befriedigt ist, kann der Anspruch des Ausgeschiedenen nicht neben den des Gläubigers treten. Wurde ein Zwangsvergleich geschlossen, so ist für den Hauptschuldner mit der Zahlung der Akkordrate die Forderung erledigt. Da der Ausgeschiedene nicht mehr Gesellschafter ist, findet für ihn die Haftungsbegrenzung des § 211 Abs. 2 Konkursordnung keine Anwendung. Er haftet also über die Vergleichsrate hinaus. Es gibt für ihn keine Möglichkeit mehr, seine Ansprüche geltend zu machen. Man kann beim Zwangsvergleich nicht solche Forderungen berücksichtigen, die bei der Durchführung des Konkurses ausscheiden würden[10]). Den sich hier ergebenden Unbilligkeiten will Mengering[11]) aus dem Wege gehen, indem er dem Ausgeschiedenen einen Anspruch auf ungerechtfertigte Bereicherung gibt. Der Ausgeschiedene habe mit der Gesellschaft ein Rechtsgeschäft geschlossen, dessen gewollte Folgen nicht eingetreten seien. Ein solcher Anspruch erscheint immerhin fraglich.

§ 18.

Konkurrenzverbot.

Der Ausschluß des Gesellschafters hat den Zweck, alle Beziehungen unter den früheren Gesellschaftern abzubrechen. Die Parteien sollen ganz unabhängig voneinander werden. Daher erlischt im Augenblick des Austritts auch das gesetzliche Konkurrenzverbot. Es ist jetzt nicht mehr so notwendig wie früher, wo der Gesellschafter jede einzelne Disposition der Offenen Handelsgesellschaft kannte und ihr durch diese Kenntnis wohlvorbereitet, konkurrierend entgegentreten konnte. Aber da bei dem Auseinandersetzungsvertrag das Unternehmen als Organisation mit all seinen Chancen auf die Aktivseite der Bilanz gestellt wurde, so ergeben sich hieraus für den ausgeschiedenen Gesellschafter gewisse Verpflichtungen.

---

[10]) Vgl. Dür.-Hachenburg, Allg. Einl. Anm. 289; Staub, Anhang zum § 141 Anm. 12; Staudinger zu § 738 Anm. II, 3; Jaeger zu § 211 Anm. 6; Staub zu § 128 Anm. 28, zu § 129 Anm. 28; Gierke, Genossenschaftstheorie S. 492; Czapski S. 29; Mengering S. 101; Gruchot 50 S. 117; RGZ. 11 S. 123, 14 S. 172, 29 S. 39. Anders Ritter zu § 129 Anm. 4.

[11]) Mengering S. 100 f.

Nach Treu und Glauben und Rücksicht auf die Verkehrssitte hat er mit einem solchen Vertrag die Pflicht übernommen, in seiner geschäftlichen Betätigung auf die Offene Handelsgesellschaft Rücksicht zu nehmen. Er darf nichts tun, um die Gesellschaft an der Ausnutzung dessen zu hindern, wofür er damals eigens eine Entschädigung verlangte. Wenn z. B. besonders die Belassung des Namens als Firmenbezeichnung vergütet wurde, kann die Pflicht bestehen, geschäftliche Anfragen an die Gesellschaft weiterzuleiten. Allgemein kann gesagt werden, daß diese Rücksichten in einem direkten Verhältnis zu der Bewertung des Unternehmens in der Auseinandersetzungsbilanz stehen. Wurde hier die alte Stammkundschaft, das erfahrene Personal usw. angeführt, so übernimmt der Ausscheidende die Pflicht, sie der Gesellschaft nicht wegzunehmen. Je mehr ihm damals all diese Umstände gutgeschrieben wurden, desto größer muß nunmehr seine Rücksicht sein [1]).

Um aber allen Eventualitäten von vornherein auszuweichen, wird es sich auch für die verbleibenden Gesellschafter empfehlen, darauf zu drängen, daß in dem Auseinandersetzungsvertrag ein Wettbewerbsverbot aufgenommen wird. Sie werden dann bei Zuwiderhandlungen durch die etwa vereinbarte Vertragsstrafe entschädigt und haben außerdem noch eine Klage auf Unterlassung weiterer Angriffe [2]). Solche Verträge aber werden hier unter ganz anderen Verhältnissen geschlossen als Wettbewerbsverbote bei Handlungsgehilfen, von denen die §§ 74ff. HGB. sprechen. In beiden Fällen ist zwar der Zweck der gleiche. Erfahrungen, die im Dienste der Firma erworben wurden, sollen nicht gegen sie verwendet werden können. Der Unterschied aber liegt in der Verschiedenheit der geschäftlichen und sozialen Stellung. Scheidet ein Gesellschafter aus, so stehen sich die Parteien als selbständige Kaufleute unabhängig gegenüber. Der Ausgeschiedene wird immer noch eine größere Bewegungsmöglichkeit haben als der entlassene Ange-

---

[1]) Vgl. Dür.-Hachenburg zu § 138 Anm. 13; Staub zu § 22 Anm. 33; Czapski S. 74, 75; Ehrenberg IV, 2 S. 181; RGZ. 37 S. 176; LZ. 1917 S. 799 Nr. 4; JW. 1901 S. 725 Nr. 20; DJZ. 1908 S. 425; RG. in Recht 1908 Nr. 2073; OLG. Kolmar in OLGRspr. 12 S. 51; OLG. Dresden in ZHR. 46 S. 472.

[2]) Dür.-Hachenburg zu § 138 Anm. 13; Staub zu § 112 Anm. 8, zu § 22 Anm. 33, Anhang zu § 141 m Anm. 15 u. 31; Ritter, DJZ. 1902 S. 349; RGZ. 53 S. 154; RG. im Recht 1907 Nr. 1780; JW. 1901 S. 477 Nr. 41, 1906 S. 425 Nr. 20, 1910 S. 832, 66.

stellte. Die Bestimmungen, die zum Schutz des letzteren erlassen wurden, sind also hier nicht am Platze[3]).

Es ist daher nicht erforderlich, daß das Verbot schriftlich vereinbart werde. Eine zeitliche und örtliche Begrenzung auf zwei Jahre ist ebenfalls nicht erforderlich. Auch ist die Minderjährigkeit des Ausgeschiedenen kein Grund für die Unmöglichkeit einer solchen Abrede. Das Gesetz wollte ja mit dieser Bestimmung nicht den minderjährigen Menschen überhaupt, sondern den minderjährigen Handlungsgehilfen schützen. Eine vielleicht unbillige Erschwerung des Fortkommens ist ebenfalls nicht geeignet, die Wettbewerbsklausel außer Kraft zu setzen[4]). In dieser Richtung findet jedoch die Möglichkeit, das Verbot auszudehnen, seine Grenze durch die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches, das in § 138 ein Geschäft für nichtig erklärt, das gegen die guten Sitten verstößt. Wenn das Wettbewerbsverbot demnach geeignet ist, die Erwerbsmöglichkeiten, wenn auch nur in einer Hinsicht zu vernichten, so ist die Abmachung unwirksam. Es ist dabei die soziale Stellung des Ausgeschiedenen zu berücksichtigen. Unwirksam wird die Abmachung, wenn wegen des Wettbewerbsverbotes der ehemalige Fabrikherr mittlerer Angestellter werden müßte. Es darf nicht dazu kommen, daß der Ausgeschiedene zu einer Betätigung gezwungen wird, die nicht seiner Stellung in der Gesellschaft entspricht. Es ist in jedem einzelnen Falle zu untersuchen, wie sich das Verbot auf die Betätigungsmöglichkeit des Ausgeschiedenen auswirkt. So darf das Verbot nicht dahin führen, daß der Betrieb eines Gewerbes vollständig ausgeschlossen wird. Man kann durch Verträge nicht anerkannte Prinzipien, wie das der Gewerbefreiheit — § 1 Gewerbeordnung — ausschalten. In Verbindung mit dem zeitlichen, örtlichen und gegenständlichen Umfang des Verbotes kann auch die Höhe der Vertragsstrafe für die Nichtigkeit der Abmachung sprechen. Auch der Zwang durch eine ehrenwörtliche Verpflichtung dürfte in dieser Beziehung von Bedeutung sein. Ob die Nichtigkeit des Wettbewerbsverbotes das ganze Rechtsgeschäft, den Auseinandersetzungsvertrag, erfaßt, richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen des § 139 BGB. Es kommt

---

[3]) Vgl. Staub zu § 22 Anm. 33; Dür.-Hachenburg zu § 138 Anm. 13; Czapski S. 76; RGZ. 53 S. 155; RGZ. 101 S. 378; RG. in JW. 1906 S. 478 Nr. 41; RG. im Recht 1907 Nr. 823; OG. Braunschweig in OGRspr. 21 S. 205. Anders Marcus, DJZ. 1907 S. 952.

[4]) Staub zu § 22 Anm. 34; Mengering S. 163 ff.; RGZ. 31 S. 97; JW. 1907 S. 292 Nr. 17; Recht 1919 Nr. 1926; OLGRspr. 22 S. 205/06.

darauf an, ob das Verbot eine condictio sine qua non für den Abschluß des Auseinandersetzungsvertrages war[5]).

Die richterliche Nachprüfung eines solchen Verbotes kann sich nur auf die Frage nach der richtigen Auslegung und nach der Gültigkeit überhaupt erstrecken. Der Richter hat kein Recht, an die Stelle der ihm zur Beurteilung vorgelegten Rechte andere zu setzen. Er kann nur sagen, ob die vorgetragenen Abmachungen Geltung haben oder nicht und kann sie gegebenenfalls, wenn der Tatbestand dazu die Möglichkeit gibt, durch billige Auslegung begrenzen[6]). Das Konkurrenzverbot entfällt stets dann, wenn es für die zu schützende Partei kein Interesse mehr hat. Wird die Offene Handelsgesellschaft später aufgelöst, so können nicht etwa die einzelnen Gesellschafter sich auf diese Abmachungen berufen. Das gleiche gilt, wenn die Offene Handelsgesellschaft ein anderes Gewerbe ergreifen würde[7]). Veräußert die Gesellschaft das Unternehmen als Ganzes oder auch die Abteilung des Geschäftes, auf die sich das Verbot bezog, so hat der Rechtsnachfolger auch alle Rechte aus dem Wettbewerbsverbot. Der ursprünglich berechtigte Teil verliert aber gleichzeitig jede Befugnis zur Geltendmachung des Rechtes[8]).

Ist eine Vertragsstrafe festgesetzt, so ist sie mit der Zuwiderhandlung verwirkt, da ja die Pflicht des Schuldners auf ein Unterlassen geht. Die Zuwiderhandlung besteht darin, daß der Ausgeschiedene selbst als Konkurrent auftritt oder sich doch an einer Konkurrenzfirma beteiligt. Ein Geschäft wird noch nicht betrieben, wenn die Tätigkeit für ein auswärtiges Unternehmen ausgeführt wird oder wenn nur vereinzelte Abschlüsse in der gleichen Branche getätigt werden. Gegen eine vorbereitende Tätigkeit ist das Verbot machtlos. Betrieben wird ein Geschäft nur, wenn es als dauernder Erwerbszweig gedacht ist und der mit dem Verbot belastete Gesellschafter eine leitende Stellung als Geschäftsherr hat. Es genügt aber auch eine Beteiligung an einer Firma. Dazu ist nicht etwa der Eintritt als persönlich haftender Gesell-

---

[5]) Staub zu § 22 Anm. 34; Titze, JW. 1921 S. 28; RGZ. 85 S. 102; RG. in JW. 1897 S. 292 Nr. 17; RG. in JW. 1921 S. 1528 Nr. 4.

[6]) Staub zu § 22 Anm. 36; Czapski S. 80; RGZ. 31 S. 97; OLG. Braunschweig in OLGRspr. 22 S. 205; OLG. Marienwerder in DJZ. 1907 S. 664. Anders Marcus, DJZ. 1907 S. 952.

[7]) OLG. Naumburg in OLGRspr. 22 S. 206.

[8]) Dür.-Hachenburg zu § 138 Anm. 13; Staub zu § 22 Anm. 38; Marcus in DJZ. 1907 S. 953; Warneyer ErgBd. 14 Nr. 206; RGZ. 102 S. 128; OLG. Rostock in OLGRspr. 38 S. 171.

schafter notwendig. Es genügt vielmehr jede finanzielle Unterstützung gegen Gewinnbeteiligung. Es ist also als Beteiligung anzusehen, wenn der Ausgeschiedene gegen Teilnahme am Gewinn Bürgschaften für eine Konkurrenzfirma übernimmt oder ihr unter gleichen Abreden ein Darlehen zur Verfügung stellt. Wesentlich für die Beteiligung ist also eine Teilnahme an den Erfolgen des Geschäftes. In diesem Rahmen genügt jede Unterstützung[9]).

Es wurde schon erwähnt, daß das Verbot nur für die Dauer der Gesellschaft besteht. Außerdem wird der ausgeschiedene Gesellschafter frei, wenn etwa die Gesellschaft die übernommenen Verpflichtungen nicht erfüllt. Ferner kann er sich eventuell durch Zahlung der Vertragsrate befreien. Das kommt jedoch auf die Lage im konkreten Falle an. Vielfach dürfte hier die Höhe der Strafe einen Anhaltspunkt bieten. Durch Auslegung muß ermittelt werden, ob ein Fall des § 340 oder des § 341 BGB. vorliegt[10]).

§ 19.

Stellung des ausgeschiedenen Gesellschafters im Prozeß.

Um die Stellung des ausgeschiedenen Gesellschafters im Prozeß richtig skizzieren zu können, muß erst untersucht werden, welche Stellung überhaupt die Gesellschafter in einem Prozeß einnehmen. Der § 124 HGB. bestimmt, daß die Offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma klagen und verklagt werden kann. Zunächst ist zu fragen, wer in einem Prozeß der Offenen Handelsgesellschaft das Subjekt, die Partei ist. Wenn man die Offene Handelsgesellschaft als eine juristische Person auffassen wollte, so wäre damit die Beantwortung dieser Frage gegeben. Die Gesellschaft wäre die Partei im Prozeß. Das würde zugleich bedeuten, daß das Ausscheiden eines Gesellschafters ohne Einfluß auf den Prozeß wäre. Es wurde aber gezeigt, daß die herrschende Lehre und die Praxis die Konstruktion der Offenen Handelsgesellschaft als juristische Persönlichkeit nicht anerkennen.

Die Parteifähigkeit entspricht der Rechtsfähigkeit, d. h. der Möglichkeit, Subjekt von Rechten und Pflichten zu sein. Wir

[9]) Staub zu § 74 Anm. 20/21; Czapski S. 84 ff.; Ehrenberg Bd. IV, 2 S. 181; Gruchot Bd. 46 S. 126; Bolze 8 Nr. 459 u. 463, Bd. 9 S. 245, Bd. 12 S. 417, Bd. 14 S. 399; RGZ. 26 S. 166, 36 S. 174, 40 S. 97, 96 S. 174; RG. im Recht 1919 Nr. 1254; OLG. Hamburg im Recht Nr. 1051; JW. 1901 S. 726 Nr. 21, 1907 S. 20 Nr. 23, 1910 S. 832 Nr. 66, 1914 S. 142 Nr. 5.

[10]) Recht 1919 Nr. 1404; RGZ. 3 S. 141, 40 S. 97, 70 S. 439.

haben aber anfangs gesehen, daß Träger der Rechte der Offenen Handelsgesellschaft die Gemeinschaft der Gesellschafter ist. So ist auch die Stellung im Prozeß zu denken. Die Zusammenfassung der Gesellschafter als Träger des ganzen Rechtskomplexes der Offenen Handelsgesellschaft ist in diesem Zusammenschluß die Partei im Gesellschaftsprozesse[1]). Es ist also nicht die Gesellschaft Partei. Das würde einer juristischen Persönlichkeit entsprechen. Man darf aber auch nicht so weit gehen, die Lage so aufzufassen, daß die einzelnen Gesellschafter als Streitgenossen Partei sind. Dieser Schluß ist nicht notwendig, um zu erklären, daß das Urteil eine Forderung auch dem Gesellschafter gegenüber feststellt oder daß ein Gesellschafter sich gegenüber einer Klage, die ihn persönlich in Anspruch nimmt, auf die Rechtshängigkeit berufen kann. Die Rechtskraftwirkung erklärt sich aus der persönlichen Haftung für Gesellschaftsschulden. Die Schuld der Gesellschaft aber steht mit Rechtskraft des Urteils fest. Der Gesellschafter kann grundsätzlich nur persönliche Einwände erheben, schon um die Möglichkeit eines abweichenden Erkenntnisses zu vermeiden[2]). Bei einer solchen Auffassung kann aber nicht etwa aus einem Urteil gegen die Gesellschaft in das Vermögen der Gesellschafter vollstreckt werden. Eine solche Wirkung hieße dem Kläger mehr geben, als er verlangte. Er wollte sich ja nur aus dem Vermögen der Gesellschaft befriedigen[3]). Die Einrede der Rechtshängigkeit ist damit begründet, daß eben die Klage die ganze Gemeinschaft der Gesellschafter umfaßt hat. Die Trägerin des Vermögens, die Gemeinschaft der Gesellschafter, ist also Partei im Gesellschaftsprozesse[4]). Scheidet nun ein Gesellschafter aus dieser Gemeinschaft aus, so ist zu unterscheiden, ob die Gesellschaft Klägerin oder Beklagte in dem Prozeß ist. In einem Aktivprozeß scheidet der Gesellschafter gänzlich aus dem Prozeßverhältnis aus. Das Urteil ist hier für ihn bedeutungslos. Sein Verhältnis zu den verbleibenden Gesellschaftern ist geregelt und dem Beklagten kann es gleichgültig sein, ob seine Gläubigerin eine Gemeinschaft von zwei oder drei Personen ist. Anders aber, wenn die Gesellschaft verklagt

---

[1]) So Lehmann-Ring zu § 124 Nr. 4.

[2]) Eine Rechtskraftwirkung des Urteils gegen die Gesellschafter kommt somit nur in Passivprozessen in Frage (Jaeger, Die Off. HG. im Zivilprozeß S. 59).

[3]) Vgl. Wieland S. 421 Anm. 61.

[4]) Jaeger, Die Off. HG. im Zivilprozeß S. 1 ff.; Staub zu § 124 Anm. 6; Wieland § 52; Rosenberg S. 106; RGZ. 102 S. 301 ff. And. Ans. Wach S. 523.

ist. Die Klage ergreift die ganze Gemeinschaft. Es geht nicht an, daß sich einer ihrem Bereich entzieht. Es wäre damit ein Weg gegeben, das gute Recht des Gläubigers zu kürzen. Der Ausgeschiedene verbleibt also gleichsam in den Fesseln der Klage. So wirkt des Urteil gegen ihn. Andererseits gibt ihm aber auch diese Gebundenheit an die Klage die Einrede der Rechtshängigkeit[5]). Das fällt natürlich, wenn aus irgendeinem Grunde die persönliche Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters ausgefallen wäre. Der Ausgeschiedene hat nur die Stellung eines Dritten. Er kann der Partei als Nebenintervenient beitreten und als Zeuge vernommen werden[6]).

§ 20.

Eintragung des Ausschlusses im Handelsregister.

Für die Wirkung des Ausscheidens Dritten gegenüber ist die Bestimmung des § 143 Abs. II HGB. von Bedeutung. Im Interesse der Allgemeinheit wird es den Gesellschaftern zur Pflicht gemacht, das Ausscheiden eines Gesellschafters zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Ohne diese Eintragung können sie also den Ausschluß dritten Personen nicht entgegenhalten, abgesehen von dem Fall, daß die Tatsache dem Betreffenden sonstwie bekannt geworden wäre. Die Allgemeinheit muß geschützt werden, damit sie nicht im Vertrauen auf die Zugehörigkeit des Ausgeschiedenen zur Gesellschaft der Offenen Handelsgesellschaft Kredite gibt oder sonst mit ihr in Geschäftsbeziehungen tritt.

Besonderen Nutzen aber zieht der Ausscheidende aus der Eintragung. Diese gibt ihm das einzige Mittel, sich der Haftung für Verbindlichkeiten, die nach seinem Ausscheiden für die Gesellschaft entstanden, zu entziehen. Die Verpflichteten können mit den Mitteln des § 14 HGB. angehalten werden, der Anmeldepflicht nachzukommen. Dies gilt auch dann, wenn ein einzelner Gesellschafter säumig ist[1]). Daneben wird man den Beteiligten das Recht geben müssen, die Mitwirkung der Säumigen durch Klage

---

[5]) Staub zu § 124 Anm. 27; Staudinger zu § 438 Anm. 2; RGZ. 102 S. 301, 49 S. 393. And. Ans. Jaeger, Die Off. HG. im Zivilprozeß S. 65; Czapski S. 101.

[6]) Staub zu § 124 Anm. 13; RGZ. 49 S. 426; OLG. Rostock in SeuffArch. 70 S. 80; RG. in JW. 1902 S. 270 Nr. 8, 1910 S. 25 Nr. 42.

[1]) Dür.-Hachenburg zu § 143 Anm. 5, zu § 106 Anm. 9; LG. Hamburg bei Holdheim 1904 S. 198.

erwirken zu können. Wegen der Vollstreckung eines so erstrittenen Urteils kommen die Bestimmungen des § 16 HGB. zur Anwendung.

Die Pflicht zur Anmeldung trifft sämtliche Gesellschafter. Sie ergreift auch den Ausgeschiedenen selbst. Im ersten Absatz des § 143 HGB. wird bestimmt, daß die Auflösung von sämtlichen Gesellschaftern anzumelden ist. Damit können aber nur die Mitglieder der früheren Offenen Handelsgesellschaft gemeint sein, da ja eben keine Gesellschaft mehr existiert. Das gleiche soll nun für ein Ausscheiden gelten. Auch hier wird also an alle Mitglieder der Offenen Handelsgesellschaft in ihrer alten Zusammensetzung gedacht.

Für die hier zu behandelnden Fälle eines Ausschlusses durch gerichtliches Urteil ist aber eine solche Regelung nicht angebracht. Es liegt kein Grund vor, zu befürchten, daß die Anmeldung etwa unberechtigt erfolgt sei. Im Falle einer Weigerung würden die verbleibenden Gesellschafter zu einem Prozeß gezwungen werden, der von vornherein klar liegt und den Gesellschaftern Zeit nimmt, den Gerichten Arbeit und dem Beklagten Kosten bringt. So wurde denn auch im § 16 HGB. bestimmt, daß die Anmeldung der übrigen Beteiligten genügen soll, wenn einem von mehreren bei der Anmeldung Beteiligten gegenüber ein Rechtsverhältnis festgestellt worden ist. Dieser Fall trifft bei dem Ausschluß eines Gesellschafters durch gerichtliches Urteil zu. Es genügt demnach, wenn die Kläger den Ausschluß zur Eintragung beim Registergericht anmelden[2]).

Die Anmeldung muß sowohl am Sitz der Gesellschaft wie bei dem für eine Zweigniederlassung zuständigen Gericht erfolgen. Anmeldepflichtig ist die Tatsache des Ausscheidens. Irgendwelche Begründungen sind dem Richter und der Allgemeinheit gleichgültig.

Wird die Eintragung verabsäumt, so bleibt das ohne Wirkung auf das interne Verhältnis unter den Gesellschaftern. Der Ausgeschlossene bleibt außerhalb des Vertragsverhältnisses. Nur kann sich jeder Dritte auf die noch bestehende Eintragung berufen, also immer noch den Ausgeschiedenen für Verbindlichkeiten der Gesellschaft in Anspruch nehmen. Diese Haftung hört erst auf, wenn der betreffende Gläubiger von dem Ausscheiden wußte. Man darf sich nicht damit begnügen, daß der Dritte die Tatsachen kannte, die eine Ausschlußklage rechtfertigen würden.

---

[2]) Vgl. Staub zu § 143 Anm. 3; Lehmann-Ring zu § 143 Anm. 4; Denkschrift S. 110.

Damit würde man ihn zwingen, jedesmal, wenn er von einer den Ausschluß rechtfertigenden Handlung eines Gesellschafters hört, nachzuforschen, ob daraufhin eine Klage auf Ausschluß dieses Gesellschafters mit Erfolg eingereicht wurde. Es würde dann also eine schuldhafte Unkenntnis schon ausreichen, um die Berufung auf die noch bestehende Eintragung auszuschließen. Es kann aber nicht darauf ankommen, daß er infolge eigenen Verschuldens die Konsequenz der ihm bekannten Tatsachen nicht kannte. Es muß vielmehr positive Kenntnis des Ausschlusses verlangt werden, die der ausgeschiedene Gesellschafter beweisen muß. Gelingt ihm dieser Beweis, so wird er von solchen Verbindlichkeiten frei, die nach seinem Ausscheiden eingegangen wurden[3]). Das alles hat nur Bedeutung für solche Verpflichtungen, die die Gesellschaft eingegangen ist. Nicht aber haftet umgekehrt die Gesellschaft bis zu diesem Zeitpunkt für die Verpflichtungen des Ausgeschiedenen. Es gilt nur für Verträge, die für die Gesellschaft geschlossen worden sind. Die Verjährungsfrist nach § 159 HGB. beginnt erst mit der Eintragung, nicht mit der Kenntnis des Ausschlusses[4]).

Der Ausgeschiedene kann sich nicht befreien, wenn er nachweist, daß der Gläubiger gar nicht wußte, daß er als Gesellschafter eingetragen war. Es muß der Ausschluß auch dann eingetragen werden, wenn die Gesellschaft überhaupt noch nicht oder aber der Ausgeschiedene nicht als deren Mitglied eingetragen war. Diese Ansicht wird von Hueck bekämpft[5]). Als wesentliche Gründe dagegen nennt er einige Konsequenzen, die ihm unbillig erscheinen. Nur wenn irgendeiner von den Verhältnissen Kenntnis genommen habe, könne die vorgetragene Meinung befriedigen[6]). Aber hier liegt gerade der Grund für die andere Ansicht. Die Gültigkeit der aufzuhebenden Tatsachen erfordert nicht die Eintragung. Sie ist auch ohne diese jedem Dritten gegenüber wirksam. Man wird nur schwer sagen können, ob jemand davon erfahren hat. Es ist aber damit zu rechnen, daß die Umstände kein Geheimnis blieben, und um allen Eventualitäten auszuweichen, bleibt nur der Weg, das Gegenteil im Handelsregister eintragen zu lassen. Nur so kann die Wirkung für den Dritten beseitigt werden. Die

---

[3]) Vgl. Dür.-Hachenburg zu § 143 Anm. 8. And. Ans. Staub zu § 143 Anm. 8; Wieland S. 680 Anm. 14; ROHG. 21 S. 374.

[4]) Staub zu § 143 Anm. 5—10, zu § 15 Anm. 2; Ehrenberg II S. 635; RGZ. 70 S. 272; RG. in JW. 1900 S. 253; OLGRspr. 21 S. 385/86.

[5]) ArchZivPrax. 118 S. 350.

[6]) S. 373.

Billigkeitserwägungen, die Hueck anstellt, sprechen ebenso gegen die Löschung einer Eintragung überhaupt. Die Bestimmung des Gesetzes betrifft das Ausscheiden ganz allgemein und umfaßt daher auch die Fälle, in denen der Ausgeschiedene noch gar nicht als Gesellschafter der Offenen Handelsgesellschaft eingetragen war [7]).

Unterließ man die Eintragung, so haftet der Ausgeschiedene, wie gesagt, weiterhin für die Verbindlichkeiten aus dem Geschäftsverkehr der Offenen Handelsgesellschaft. Nicht dagegen trifft ihn eine Haftung für Delikte. Der § 15 HGB. beschränkt seine Wirksamkeit auf den Prozeß im Geschäftsverkehr. Durch ihn soll immer der geschützt werden, der im Vertrauen darauf, daß sich die Gesellschaft in ihrer Zusammensetzung nicht geändert habe, zu ihr in Beziehungen getreten ist. Es muß aber die Möglichkeit bestehen, daß er anders gehandelt haben würde, wenn er die Rechtslage kannte. Diese Möglichkeit fehlt bei deliktischen Tatbeständen. Solche Erwägungen greifen dann nicht Platz, wenn die deliktische Handlung im Geschäftsverkehr liegt. Hier ist die Möglichkeit eines konkreten Zusammenhanges zwischen der Unkenntnis und dem Verhalten des Dritten insofern möglich, als eben nur das Vertrauen zu dem Ausgeschiedenen ihn bewog, Beziehungen mit der Offenen Handelsgesellschaft anzuknüpfen [8]).

§ 21.

Stellung des Ausgeschlossenen zu den Gläubigern der Offenen Handelsgesellschaft.

Die rechtzeitige Eintragung kann aber immer nur die Haftung für solche Verbindlichkeiten beenden, die nach dem Austritt entstanden sind. Für die alten Verbindlichkeiten haftet der Ausgeschiedene auch weiterhin wie jedes Mitglied der Offenen Handelsgesellschaft. Es wurde gesagt, daß Träger der Rechte und Pflichten in der Offenen Handelsgesellschaft die Gesamtheit der Mitglieder sei. Verpflichtet sind also nur die Gesellschafter. Es

[7]) Vgl. Staub zu § 143 Anm. 1, zu § 15 Anm. 12; Dür.-Hachenburg zu § 15 Anm. 6, zu § 34 Anm. 2; Lehmann-Ring zu § 15 Nr. 2; Ritter zu § 15 Nr. 6; Bolze 17 Nr. 516, 9 Nr. 109; RGZ. 15 S. 33; RG. in JW. 1889 S. 516 Nr. 10; ROHG. 22 S. 201, 23 S. 227; KG. in ZHR. 42 S. 508; OLG. Hamburg in LZ. 1920 S. 490; OLGRspr. 41 S. 202. Anders Wulff, ZHR. 42 S. 1.

[8]) RGZ. 93 S. 238.

existiert nur eine einheitliche Verpflichtung, für die doppelt gehaftet wird. Infolge seiner größeren Geschlossenheit tritt auch das Vermögen der Offenen Handelsgesellschaft für diese Schuld ein. Die Schuld der Gesellschaft ist eine Schuld der Gesellschafter[1]). Für das Verhältnis untereinander hat das Gesetz die Solidarhaftung festgelegt. Es ist nun dem Gläubiger freigestellt, bei wem er sich für seine Forderung erholen will.

Der Ausgeschiedene haftet also noch für alle Arten von Verbindlichkeiten, für die ein Mitglied der Offenen Handelsgesellschaft mit seinem Privatvermögen einzustehen hat. Doch hat er aufgehört, Gesellschafter zu sein. Daher ist die Schuld der Gesellschaft nicht mehr seine eigene Schuld, er haftet nunmehr für fremde Schuld[2]). Es kommen hier in Frage Schulden aus Verträgen und Schulden aus Delikten. Nur müssen es Gesellschaftsschulden sein, sonst ist der Rechtsgrund gleichgültig. Der Ausgeschiedene kann hier mit den übrigen Gesellschaftern keine wirksamen Abreden treffen. Solche Verträge könnten nur dann Bedeutung haben, wenn sie vom Gläubiger gutgeheißen würden. Im übrigen können sie nur für das Verhältnis unter den Gesellschaftern von Bedeutung sein. Um die fortdauernde Haftung des Ausgeschiedenen zu begründen, ist nur notwendig, daß die Schuld entstanden ist, bevor der Ausschluß in das Handelsregister eintragen wurde. Unerheblich ist, wann sie fällig wurde. Es muß in jedem konkreten Fall die Schuld vorher entstanden sein.

Bei einem Kreditvertrage kommen nicht die Summen in Frage, die auf Grund vorheriger Abrede nach dem Ausscheiden kreditiert wurden. Auch aus prolongierten Wechseln kann der Ausgeschiedene nicht mehr belangt werden[3]). Aus einem Mietvertrage würde der ausscheidende Gesellschafter so weit haften, als schon vor seinem Ausscheiden eine konkrete Verpflichtung bestand, z. B. insofern als der Vertrag auf eine bestimmte Zeit geschlossen wurde[4]). Von besonderer Bedeutung ist die Regelung, wenn ein Gläubiger im Kontokorrentverhältnis mit der Offenen Handelsgesellschaft stand. Es steht zunächst einmal fest, daß der ausscheidende Gesellschafter für den Saldo haftet, der sich zur Zeit seines Austritts zugunsten des Gläubigers herausstellte. Es fragt

---

[1]) Dür.-Hachenburg zu § 128 Anm. 1; Staub zu § 128 Anm. 1; Gierke, Genossenschaftstheorie S. 561; Lehmann, ZHR. 79 S. 73; Jaeger in LZ. 1910 S. 27.

[2]) ZHR. 79 S. 74; Luckat S. 37.

[3]) Staub zu § 141 Anm. 23; JW. 1900 S. 663 Nr. 17.

[4]) RGZ. 86 S. 60.

sich nun, wie es mit der Haftung steht, wenn das Kontokorrentverhältnis nicht endigt, sondern fortgesetzt wird und der Saldo in die laufende Rechnung eingesetzt wird. Das Wesen des Kontokorrents ist, daß die einzelnen Forderungen als Rechnungsposten gebucht werden. Demnach kann nicht angenommen werden, daß sich die Haftungsmasse durch spätere Gutschriften für die Gesellschaft gleichsam durch Aufrechnung ermäßige. Das Gesetz bestimmt im § 356 HGB., daß bei einer irgendwie gesicherten Forderung die Sicherheit durch die Saldierung und Anerkennung des Saldos nicht entfalle. Der Gläubiger hat vielmehr in Höhe der gesicherten Forderung das Recht, sich aus den Sicherheiten zu befriedigen. Das gleiche soll nach § 356 Abs. II HGB. auch für den Fall gelten, daß irgendwer für eine Forderung als Gesamtschuldner haftet. Das Guthaben ist aber nun eine solche Forderung. Der Ausgeschiedene haftet, soweit Guthaben und Forderung sich decken. Die positive Bestimmung des Gesetzes wollte, daß, trotzdem die eigentliche Forderung durch Saldierung unterging, den Bedürfnissen des Verkehrs entsprechend die Sicherheiten bestehen bleiben sollen. Werden aber mehrere Saldi gezogen, so kommt billigerweise nicht der letzte, sondern der niedrigste in Frage[5]).

Gegen die Ansprüche des Gläubigers stehen dem ausgeschiedenen Gesellschafter Einwände aus eigenem Recht und aus dem Recht der Gesellschaft zu. Er wird demnächst zunächst einmal seiner Haftung ledig, wenn die Forderung durch die Gesellschaft oder einen anderen Gesellschafter ausgeglichen wurde. Sodann besteht die Möglichkeit, daß er durch einen Erlaßvertrag befreit wird. Die Schuld der Gesellschaft wird dadurch zum Erlöschen gebracht. Wir haben schon erwähnt, daß die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters eine Haftung für fremde Schuld geworden ist, die Verpflichtung des Ausgeschiedenen steht zur Gesellschaftschuld im Verhältnis der Akzessorietät[6]).

Ist der Gläubiger der Gesellschaft gegenüber im Verzug, so kann der Ausgeschiedene alle Rechte aus dieser Tatsache herleiten. Steht der Forderung des Gläubigers ein fälliger Anspruch der Gesellschaft gegenüber, so kann der beklagte Gesellschafter die Befriedigung verweigern und den Kläger auf seine Befugnis zur Aufrechnung verweisen. Er kann also nicht etwa die Forde-

[5]) Staub zu § 356 Anm. 2 u. 3; Dür.-Hachenburg zu § 356 Anm. 16; RGZ. 67 S. 156, 76 S. 330; LZ. 1920 S. 666; JW. 1908 S. 48 Nr. 25.

[6]) Staub zu § 141 Anhang Anm. 23; Luckat S. 37; OLG. Königsberg in OLGRspr. 14 S. 350.

rung der Gesellschaft selbst zur Aufrechnung stellen. Das würde eine Verfügung über fremde Gegenstände bedeuten. Die gleiche verzögerliche Einrede steht dem in Anspruch genommenen ausgeschiedenen Gesellschafter dann zu, wenn die Gesellschaft das Recht hat, das der Forderung zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft anzufechten[7]). Ebenso ist zu entscheiden, wenn der Gesellschaft ein Rücktrittsrecht zusteht. Es ist kein Unterschied zwischen diesen Fällen. Dagegen wäre es unbillig, wenn der Ausgeschiedene zahlen müßte, wo die Gesellschaft das Recht hat, den Vertrag zu lösen[8]).

Zu den Einwendungen, die die Gesellschaft machen kann, gehört auch die der rechtskräftig entschiedenen Sache. Wurde die Sache zu einer Zeit entschieden, als der Beklagte noch Mitglied der Offenen Handelsgesellschaft war, braucht er diese Rechte nicht aus fremden Befugnissen herzuleiten. Ein Urteil gegen eine offene Handelsgesellschaft schafft Rechtskraft für und gegen alle Gesellschafter der jeweiligen Zusammensetzung. Auch die Einrede des nichterfüllten Vertrages kann von dem ausgeschiedenen Gesellschafter geltend gemacht werden. Man wird jedoch dann dazu kommen, den Ausgeschiedenen zur Leistung Zug um Zug zu verurteilen[9]). Die Bestimmungen des § 129 HGB. greifen nur zugunsten des Beklagten Platz. Mißliche Umstände berühren daher den ausgeschiedenen Gesellschafter nur dann, wenn sie in seiner Person entstanden sind[10]).

Von Einwendungen gegen das Begehren des Gläubigers aus eigenem Recht ist zunächst die Enthaftung zu nennen. Dabei ist nicht an Abmachungen zu denken, bei denen der betreffende Gläubiger nicht mitwirkte. Doch ist auch nicht notwendig, daß der Gläubiger den ausgeschiedenen Gesellschafter ausdrücklich aus der Haft entlassen habe. Es genügt vielmehr, wenn diese Ansicht aus Handlungen des Gläubigers mit Sicherheit geschlossen werden kann. Der Gläubiger muß ein Verhalten an den Tag gelegt haben, das nach Treu und Glauben den Verzicht auf die

---

[7]) Staub zu § 129 Anm. 10; Litthauer-Mosse zu § 126 Anm. 6; RGZ. 31 S. 86, 41 S. 47.

[8]) Luckat S. 43.

[9]) Dür.-Hachenburg zu § 124 Anm. 11, zu § 128 Anm. 9; Staub zu § 124 Anm. 27; Lehmann, ZHR. 79 S. 73 ff.; RGZ. 5 S. 70, 102 S. 302; Recht 1919 Nr. 20, 21; ROHG. 20 S. 182.

[10]) Luckat S. 48 und Literatur daselbst Anm. 4; anders Westerkamp S. 445.

Geltendmachung seiner Ansprüche gegen den Ausgeschiedenen bedeutete. Wenn jemand bei der Lieferung in Kenntnis des Ausschlusses ungewöhnlich lange Zahlungsfristen vereinbarte, muß man annehmen, daß er auf die Mithaftung verzichten wollte, sofern nicht dieser lange Kredit vielleicht nur dazu angetan ist, die Haftungspflicht des Ausgeschiedenen noch nicht akut zu machen. Wurde erst nach dem Ausscheiden auf Grund eines alten Kaufvertrages geliefert, so wird der Verkäufer den Kaufpreis nicht von dem Ausgeschiedenen verlangen können. Wurde gegen das alleinige Akzept der verbliebenen Gesellschafter geliefert, so darf ebenfalls auf den Verzicht der Mithaftung des Ausgeschiedenen geschlossen werden.

Sodann kann sich der Beklagte hinter die Verjährung zurückziehen. Um die Verhältnisse des Gesellschafters zur Gesellschaft baldmöglichst zur vollständigen Erledigung zu bringen, bestimmte der Gesetzgeber, daß Ansprüche gegen einen Gesellschafter aus Verbindlichkeiten der Gesellschaft fünf Jahre nach seinem Ausscheiden verjährt sein sollen. Diese kurze Verjährungsfrist trifft also nur für Ansprüche zu, die ein Dritter geltend macht. Es verjähren nicht die Ansprüche der Gesellschaft aus dem Gesellschaftsverhältnis so schnell. Da nur Ansprüche aus Verbindlichkeiten der Gesellschaft gemeint sind, für die der Gesellschafter persönlich eintreten muß, versagt die Bestimmung da, wo zu der regulären Haftung aus § 128 HGB. noch ein anderer Grund hinzugekommen ist. So bleiben z. B. Sicherheiten, die der Ausgeschiedene gestellt hat, wie Pfand und Bürgschaft, durch diese Frist unberührt. Dagegen trifft der Paragraph auch da zu, wo es sich um Ansprüche handelt, die ein Gesellschafter aus selbständigem Rechtsgrund geltend macht. Allgemein kann also gesagt werden, daß die Vergünstigung des § 159 HGB. da Platz greift, wo es sich um Ansprüche gegen die Gesellschaft handelt, für die nach § 128 HGB. ein Gesellschafter mit seinem persönlichen Vermögen eintreten muß. Dazu muß noch verlangt werden, daß der betreffende Gesellschafter mit dem Geschäftsbetrieb der Firma nichts mehr zu tun hat. Die Frist schützt demnach niemanden, der das Unternehmen mit der Firma übernahm. Der Gesellschaft gegenüber gilt nur die dem Anspruch normalerweise zukommende Verjährung. Es liegt nicht der geringste Grund vor, das Ausscheiden eines Gesellschafters so zugunsten der verbleibenden Gesellschafter wirken zu lassen. Für den Ausgeschiedenen aber ist eine solche kürzere Frist notwendig, um ihm einen Überblick geben zu können, wieweit er noch mit Angriffen von Ge-

sellschaftsgläubigern rechnen muß, und um ihm eine gewisse Sicherheit zu verschaffen[11]).

Die Anordnung ist also zum Schutz des Ausgeschiedenen gegeben. Aus dieser Bestimmung folgt richtigerweise der Satz, daß sie nicht gilt, wenn der Anspruch der Gesellschaft gegenüber normal in einer kürzeren Zeit verjährt. Dann gilt natürlich die kürzere Frist, denn der Ausgeschiedene soll durch § 159 HGB. keine schlechtere Position erhalten. Es sollen nur alle längeren Verjährungsfristen ausgeschlossen werden. Die kürzere Frist schützt den Ausgeschiedenen selbst dann, wenn sich die Gesellschaft nicht darauf berufen kann oder wenn sie auf eine Vereinbarung zwischen Gläubiger und Gesellschafter beruht[12]). Würde eine Forderung mit kürzerer Verjährungsfrist im Konkurse ohne Widerspruch des Ausgeschiedenen festgestellt, so beginnt trotz der nunmehrigen dreißigjährigen Verjährung für den Ausgeschiedenen eine neue Verjährungsfrist, die der Rechtsnatur des Anspruchs entspricht. Die Verpflichtung des Ausgeschiedenen bezieht sich ja in erster Linie auf den Zeitpunkt des Ausschlusses. Der Ausgeschiedene soll nach Möglichkeit von der Wirkung nachträglich eintretender ungünstiger Umstände bewahrt bleiben[13]).

Der Beginn der Verjährungsfrist ist von der Eintragung des Ausscheidens in das Handelsregister abhängig gemacht. Es ginge auch nicht an, den Tag des Ausscheidens zu erwählen, da hier die Gläubiger ja nicht einmal die Gelegenheit hatten, sich über Veränderungen im Personenbestande der Offenen Handelsgesellschaft zu orientieren. Ohne die Eintragung läuft die Verjährung nicht. Dabei ist es gleichgültig, aus welchem Grunde die Eintragung unterblieben ist. Andererseits kommt es auch nicht darauf an, ob der Gläubiger durch Bekanntmachung von der Eintragung unterrichtet sein konnte oder ihm sonstwie das Ausscheiden bekannt war. Der Tag der Eintragung gilt als Anfangstermin für die Verjährung, nur wenn es sich um fällige Forderungen handelt. Im übrigen beginnt die Frist erst mit der Fälligkeit. Kündbare Forderungen verjähren von dem Zeitpunkt an, zu dem die Kündi-

---

[11]) Dür.-Hachenburg zu § 159 Anm. 2—5; Staub zu § 159 Anm. 1—5; Denkschrift S. 118; Wieland S. 728; Czapski S. 161; Seuff-Arch. 68 Nr. 96; Bolze 11 S. 453; RGZ. 7 S. 93, 8 S. 74, 10 S. 42, 11 S. 125, 13 S. 96, 36 S. 60, 55 S. 154, 59 S. 143; ROHG. 8 S. 246; KG. in OLGRspr. 32 S. 107.

[12]) Staub zu § 159 Anm. 6; Dür.-Hachenburg zu § 159 Anm. 5; Jaeger, LZ. 1910 S. 26 ff.; RGZ. 24 S. 63, 70 S. 323.

[13]) Siehe unter Anm. 1; anders aber Jaeger, der die Frist, die sich aus den Umständen ergab, für maßgebend erklärt.

gung ausgesprochen werden konnte. Bei Wechselblanketts beginnt die Verjährung, wenn der Inhaber nach dem Begebungsvertrag das Recht hat, den Wechsel auszufüllen[14]).

Die Wirkung der Verjährung ergibt sich aus den allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches. Sie gibt dem Beklagten ein Leistungsverweigerungsrecht. Der Gläubiger wird jedoch nicht gehindert, sich aus eventuellen Pfändern usw. zu befriedigen. Der Einrede der Verjährung kann die Replik der Arglist gegenübertreten, wenn der Ausgeschiedene den Gläubiger an der rechtzeitigen Geltendmachung gehindert hat[15]). Bei der Berechnung der Verjährungsfrist wird der Tag der Eintragung nicht gerechnet. Unerheblich ist es, ob der letzte Tag vielleicht ein Sonntag war, da der § 193 BGB. auf Verjährungen nicht anzuwenden ist.

Die Verjährung kann auch den allgemeinen Vorschriften entsprechend unterbrochen werden. Hierzu muß allerdings der Gläubiger schon etwas gegen den ausgeschiedenen Gesellschafter selbst unternehmen. Eine Klage gegen die Offene Handelsgesellschaft kann eine Unterbrechung der Verjährung gegenüber den Ausgeschiedenen nicht bewirken. Die Verbindlichkeit der Offenen Handelsgesellschaft ist nicht mehr seine eigene, sondern eine fremde Schuld. Wohl dagegen wirkt auch gegen den Ausgeschiedenen die Unterbrechung einer kürzeren Verjährungsfrist, die sonst zu seinen Gunsten läuft. Im übrigen kann sich der Gläubiger nur auf § 15 Abs. 2 HGB. stützen, wenn er die Unterbrechung der Gesellschaft gegenüber auch auf den ausgeschiedenen Gesellschafter ausdehnen will. Er muß dazu nachweisen, daß er den Ausschluß weder kannte, noch kennen mußte und somit der Meinung war, daß die Klage auch den Ausgeschiedenen erfassen würde. Auch die etwaigen Hemmungsgründe bestimmen sich nach den Vorschriften der §§ 202 ff. BGB.[16]).

---

[14]) Staub zu § 159 Anm. 7—10; Dür.-Hachenburg zu § 159 Anm. 6—10; Wieland S. 729 Anm. 15; RGZ. 10 S. 46, 58 S. 186; RG. in LZ. 1907 S. 157 Nr. 4; RG. in JW. 1908 S. 19 Nr. 24; ROHG. 8 S. 246; OLGRspr. 32 S. 107; Ritter zu § 159 Anm. 4.

[15]) Staub zu § 159 Anm. 12; Dür.-Hachenburg zu § 159 Anm. 12; RGZ. 57 S. 372, 64 S. 220, 78 S. 183, 87 S. 281; JW. 1924 S. 1967 Nr. 2.

[16]) Dür.-Hachenburg zu § 160 Anm. 8—9; Staub zu § 160; Lehmann, ZHR. 79 S. 102; RGZ. 6 S. 93, 13 S. 96.

§ 22.

Stellung des Ausgeschiedenen im Konkurs.

Gerät die Offene Handelsgesellschaft in Konkurs, so ändert sich dadurch die Lage des Ausgeschiedenen nicht. Seine Haftung ergibt sich aus der Stellung zur Gesellschaft. Er hat aufgehört Gesellschafter zu sein und ist somit nicht mehr Gemeinschuldner. Die geltend gemachten Forderungen sind nicht mehr seine eigene Schuld. Ihm gegenüber gilt auch eine festgestellte Forderung nicht als erwiesen. Nach seinem Ausscheiden sind aber auch die verbliebenen Gesellschafter nicht mehr zu seiner Vertretung berechtigt. Ihre Abschlüsse wirken nicht mehr für und gegen ihn. Schließen daher die Gesellschafter einen Zwangsvergleich ab, wird dadurch die Haftung des Ausgeschiedenen nicht berührt. Seine Haftung wird dadurch nicht ermäßigt. Wohl dagegen haben die verbliebenen Gesellschafter das Recht, ihn bei Regreßansprüchen auf die Vergleichsrate zu verweisen. Es kann von ihnen nicht verlangt werden, daß sie mehr tun als sie hätten tun müssen, um dem Gläubiger gegenüber die Forderung in bezug auf die Konkursmasse zum Erlöschen zu bringen. Im Konkurs kann ein solcher Anspruch nicht geltend gemacht werden. Sein Grund liegt in der Kapitalanteilsberechnung, wo mit Aufstellung der Passiva die Gesellschafter gleichsam die Pflicht übernommen haben, dafür zu sorgen, daß er anderweitigen Schaden nicht mehr erleide[1]).

Im Falle, daß der ausgeschiedene Gesellschafter selbst in Konkurs kommt, wird seine Haftung eine subsidiäre. Die Gesellschaftsgläubiger können nur den Ausfall anmelden. Diese Bestimmung des § 212 Konkursordnung wurde im Interesse der Privatgläubiger erlassen[2]).

Es bleibt noch die Frage, ob der ausgeschiedene Gesellschafter im Falle eines Konkurses auch strafrechtlich belangt werden kann. Grundsätzlich ist über die strafrechtliche Seite für die Offene

---

[1]) Jaeger zu § 211 Anm. 7; Mengering S. 105 ff.; SeuffArch. 53 S. 71; RGZ. 29 S. 38, 56 S. 362.

[2]) Staub zu § 128 Anm. 5; Jaeger, Konkursordnung zu § 212 Anm. 11; Pollitzer, ZHR. 69 S. 313; Czapski S. 174; Lachs, ZHR. 62 S. 134; ROHG. 15 S. 202; JW. 1902 S. 186 Nr. 26, 1903 S. 270. Anders: Düringer-Hachenburg zu § 144 Anm. 11; Lehmann-Ring zu § 144 Nr. 5; Hinsberg, ZHR. 46 S. 82.

Handelsgesellschaft zu sagen, daß die Gesellschafter für eine Bestrafung zunächst dann in Frage kommen, wenn sie an der Geschäftsführung beteiligt sind. Dann trifft sie die Verantwortung für die Bankrotthandlung. Waren sie aber von der Geschäftsführung ausgeschlossen, ist dies abzulehnen. Sie hatten zu wenig Einfluß auf die Dinge. Sind sie aber verantwortlich, so können sie sich der Bestrafung nicht durch einen Austritt entziehen. Das wäre das beste Mittel, dem Richter zu entgehen und würde untragbare Folgen haben. Es kann darauf nicht ankommen, ob der Betreffende noch Gesellschafter ist. Es muß vielmehr geprüft werden, in welcher Beziehung er zur Konkurseröffnung steht. Sie muß irgendwie im Zusammenhang mit seinen Handlungen stehen. Der ausgeschiedene Gesellschafter kann bestraft werden, wenn sich seine Lage nur durch den Austritt von der der übrigen Gesellschafter unterscheidet. Sein Anteil am Gesellschaftsvermögen mußte von seinen Handlungen erfaßt werden[3]).

---

[3]) Olshausen zu § 239 Nr. 6 d u. 20; RGStr. 26 S. 385, 35 S. 83, 41 S. 426.